<36631816290018

# Sammlung

der

oberstrichterlichen

# Plenar-Beschlüsse

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

und der

## Erkenntnisse

über

# Competenz-Conflikte

zwischen

Gerichts- und Verwaltungsbehörden.



**Erster Band.**

(Vom Jahre 1838 bis 1853 Ende Oktober.)

**München.**

Druck und Verlag von Georg Franz.

**1853.**

Besonderer

# Anhang.

---

## Beylagen

### zum I. und II. Theile

der

von **Dr. H. A. Moritz**

mit

Königlich Allerhöchstem Privilegium

herausgegebenen

**neuesten Sammlung**

von

## Novellen zur Bayerischen Gerichts-Ordnung

**(1753—1843),**

enthaltend

sämmtliche Plenarbeschlüsse des Oberappellationsgerichts des Königreiches Bayern

in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,

nebst

dem Präjudiciengesetze vom 17. November 1837 und den dazu gehörigen Motiven.

**München, 1843.**

Druck und Verlag von Georg Franz.

# Vorwort.

---

Die vorliegende Sammlung aller bisher erschienenen **Plenarbeschlüsse des Oberappellationsgerichts für das Königreich Bayern in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten** sammt dem Präjudicien=Gesetze vom 17. November 1837 und den dazu gehörigen Motiven verdankt ihr Entstehen dem mehrfältig laut gewordenen Wunsche mehrerer Rechtsfreunde, ihr öffentliches Erscheinen aber dem Königlichen Justiz=Ministerium, welches mir am 18. October vor. Js. auf mein allerunterthänigstes Ansuchen die höchste Erlaubniß ertheilte, die erwähnten, bisher öffentlich bekannt gemachten, und in **Zukunft** noch bekannt gemacht werdenden Plenarbeschlüsse mit dem Präjudicien=Gesetze und dessen Motiven abdrucken zu lassen und in einer eigenen, mit vollständiger Inhalts=Anzeige versehenen Sammlung herauszugeben.

Die Tendenz des Präjudicien-Gesetzes besteht, wie dessen Entwurf schon im Eingange sagt, darin: im Interesse der Rechtssicherheit und zur möglichsten Bewahrung der Rechtseinheit bey dem Oberappellationsgerichte und dadurch mittelbar auch bey den übrigen Gerichten in Beziehung auf zweifelhafte Rechtsfragen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gleichförmige Entscheidungen herbeyzuführen, damit nicht bey vorhandenen ganz gleichen Thatverhältnissen heute das als Unrecht erkannt werde, was gestern als Recht erkannt worden ist.

Dieser Tendenz soll auch meine Sammlung dienen, indem sie die Auffindung und Benützung der in den Regierungsblättern zerstreuten Präjudicien jedem Staatsangehörigen, insbesondere aber dem Geschäftsmanne erleichtert.

Es entging mir zwar nicht, daß das auf Antrag der Stände des Reiches etwas modificirte Präjudiciengesetz im Eingange der Worte des Entwurfes:

„— und dadurch mittelbar auch bey den üb-
„rigen Gerichten"

entbehre, aus welchem Umstande vielleicht Mancher einen geringeren Nutzen und eine mindere Nothwendigkeit des Gebrauches dieser Präjudicien folgern möchte.

Erwägt man aber den Grundzweck des Präjudiciengesetzes „Herbeyführung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit;" so wird man doch nicht umhin können, die in Rede stehenden Plenarbeschlüße mit besonderer Rücksicht auf die ihnen gesetzlich beygelegte Eigenschaft einer Usual-Interpre-

tation im Sinne des Bayer. Landrechts Th. I, cap. 2, §. 14, Nro. 3 auch bey Unter- und Obergerichten in völlig gleichartigen Fällen als Entscheidungsnorm anzuerkennen. — Wenigstens wird jeder billig denkende Richter, wie sehr er auch von seiner Privatansicht überzeugt seyn möge, weder unsicher gehen, noch eine Verletzung seiner Pflicht darin finden, wenn er, eingedenk der Bestimmungen in Fr. 37 und 38 Dig. de legibus, auch seine Meinung solchen Plenarbeschlüßen — venerando conclusum — unterordnet, da denn doch vorauszusehen ist, es werde das jenen entgegengesetzte Urtheil bey ergriffener Revision abgeändert werden.

Zur Vermehrung des Nutzens und Gebrauches dieser meiner Sammlung habe ich veranstaltet, daß sie nicht nur als ein für sich selbst bestehendes, von Zeit zu Zeit (je nachdem neue Plenarbeschlüsse vorliegen) fortgesetzt werdendes Werkchen, sondern auch als ein besonderer Anhang (Beylagenband) zu dem im Jahre 1838 erschienenen I. und in diesem Jahre zuverlässig erscheinenden II. Theile der Novellen zur Bayer. Gerichtsordnung ausgegeben werde, da in dem letztern auf die fraglichen Plenarbeschlüsse, welche sehr häufig das Gerichtsverfahren berühren und die Proceßgesetze 2c. erläutern, Bezug genommen ist.

Den Unannehmlichkeiten des zeitraubenden Nachschlagens in mehreren Bänden der Regierungsblätter, welche oft nicht Jedem zur Hand oder zu Gebote stehen, der Ungewißheit, ob man nun auch Alles in dieser Art Erschienene aufgefunden habe u. s. w.,

dürfte durch diese Sammlung, welche überdieß noch mit manchen, vielleicht nicht unzweckdienlichen Noten versehen an's Licht tritt, abgeholfen seyn.

Es übriget mir daher nur noch der Wunsch, die Erfüllung der von der Staatsregierung kund gegebenen Tendenz „Bewirkung der Rechtssicherheit und Rechtseinheit in zweifelhaften bürgerlichen Rechtsfällen bey sämmtlichen Gerichten des Reiches" auch wirklich befördert und dadurch meinem Vaterlande einen nicht unnützlichen Dienst geleistet zu haben.

Neuburg den 21. Jänner 1843.

**Dr. Moritz.**

# Inhalts-Anzeige.

Seite

*

Seite

## Systematisches Verzeichniß der Gesetzesstellen,

welche in den Plenarbeschlüssen und in den Erkenntnissen über Competenz-Conflikte **Auslegung** oder **Anwendung** fanden.

---

# I. Civilproceß.

## A. Bayerische Gerichtsordnung (Codex Juris Bavarici Judiciarii) vom Jahre 1753.

## B. Novellen zur bayerischen Gerichtsordnung.

1) Gesetz vom 22. Juli 1819 (Ges.=Bl. 1819 S. 59–82), einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend.



2) Gesetz vom 17. November 1837 (Ges.=Bl. 1837 S. 41—104) einige Verbesserungen der Gerichtsordnung in bürgl. Rechtsstreitigkeiten betr.



## C. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

(Ges.=Bl. 1822 S. 101–124.)



## D. Gesetz vom 17. November 1837

über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse 2c.

(Ges.=Bl. 1837 S. 105—108.)



## E. Gesetz vom 28. Mai 1850,

die Competenz=Conflikte betr.

(Ges.=Bl. 1850 S. 161 — 174.)

## II. Strafproceß und Strafrecht.



## III. Civilrecht.

### A. Gemeines Recht.



### B. Land-, Statutar- und Wechselrecht.

#### 1) Bayerisches Landrecht.



#### 2) Preußisches Landrecht.

## 4) Verordnungen und Entschließungen.

# Alphabetisches Sachregister.

## A.

**

## C.

## D.



## E.

## F.



## G.

## H.

## L.



## M.

## N.



## O.



## P.

## Q.



## R.



## S.

## T.

## U.



## V.

---

# I.

# Einleitung.

## A.

## Auszug

aus dem

### Abschiede für die Stände-Versammlung des Königreiches Bayern vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend.

(Ges. Bl. v. 1837, Nro. 1, S. 5 ff.)

**Ludwig,**

**von Gottes Gnaden König von Bayern,**

**Pfalzgraf bey Rhein,**

**Herzog von Bayern, Franken und in Schwaben rc. rc.**

Unsern Gruß zuvor, Liebe und Getreue, Stände des Reiches! Wir haben Uns bey dem nunmehr eingetretenen Schlusse des Landtages über die Uns übergebenen gemeinschaftlichen Beschlüsse der Stände Unseres Königreiches, sowie über die Berathungen und Verhandlungen beyder Kammern, ausführlichen Vortrag

erstatten lassen, und ertheilen hierauf, nach Vernehmung Unseres Staatsrathes, Unsere Königlichen Entschliessungen, wie folgt:

# I.

## Beschlüsse der Kammern über die Gesetz-Entwürfe.

### A.

### Verbesserung der Gerichtsordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

— — — — — — — —

### B.

### Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Den zu dem Entwurfe über den vorbemerkten Gegenstand von den Kammern beantragten Modificationen und Zusätzen*) haben Wir Unsere Genehmigung ertheilt, und sanctioniren das unter Ziffer II. (Beyl. II.) anliegende Gesetz.

Was den, bey dieser Gelegenheit an Uns gebrachten besonderen Antrag betrifft, so finden Wir Uns nicht bewogen, das Instanzen-Verhältniß in Strafrechtssachen abzuändern — und hinsichtlich der Berufungen in Civilsachen haben Wir die geeigneten Bestimmungen in dem Gesetzes-Entwurfe über Verbesserung

*) M. s. den desfallsigen Gesammtbeschluß vom 27. Sept. 1837. Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. Realcommentars zum Proc. Ges. v. 1837, in Beziehung auf den Gesetzentwurf v. 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtssachen betr., S. 846 f.

der Gerichtsordnung bereits an Unsere Stände gelangen lassen.

— — — — — — — —

Gegeben München am 17. November 1837.

Ludwig.

Fürst v. Wrede. Freyherr v. Gise. Freyherr v. Schrenk. v. Wirschinger. Freiherr v. Hertling. Staatsrath v. Abel.

Nach Königlich Allerhöchstem Befehl:
Geheimer Rath v. Kreuzer.

---

# B.

# Gesetz

## über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse *) bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 17. November 1837.

(Ges. Bl. v. 1837, Nro. 3, S. 105—108, Beyl. II zum Landtags-Abschiede.)

---

**Ludwig,**

**von Gottes Gnaden König von Bayern,**

**Pfalzgraf bey Rhein,**

**Herzog von Bayern, Franken und in Schwaben rc. rc.**

Wir haben im Interesse der Rechtssicherheit und

*) M. s. über Präjudicien und über den Gesetzesvorschlag, die

zur möglichen Bewahrung der Rechts-Einheit *) in Beziehung auf zweifelhafte Rechtsfragen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, nach Vernehmung Unseres Staatsrathes, und mit Beyrath und Zustimmung Unserer Lieben und Getreuen, der Stände des Reiches, beschlossen und verordnen, wie folgt:

### Art. I **).

Wenn in einem Senate des Oberappellationsgerichts eine Streitsache vorkommt, bei welcher durch Stimmen-Einheit oder Mehrheit anerkannt wird, daß die Aburtheilung ganz von einer Rechtsfrage abhänge, worüber

---

Herbeyführung gleichförmiger Entscheidungen des obersten Gerichtshofes betr., Bl. f. RA. Bd. I, S. 340 ff., — Bd. II, S. 73 ff., 130 ff., 139, 154 f. u. 208 ff., — B. V, S. 197 ff., — dann über die Verschiedenheit oberstrichterlicher Entscheidungen Bd. II, S. 1 ff. u. 9 ff., ferner über Auslegung und Anwendung des Präjudicien-Gesetzes rc., Bd. V, S. 193 ff., 289 ff. u. Beyl. zu Nr. 19, sowie S. 380, Bd. IV, S. 341, u. Bd. VII, S. 385 ff. der alleg. Blätter. — Dr. Lauk im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXII, Hft. 2, S. 296 ff. (§. 1, 10). — Anhang m. alleg. Real-Commentars zum Proceßgesetze v. 1837, S. 809—866.

*) Nach diesem Worte heißt es im Gesetzentwurfe: „bey dem Oberappellationsgerichte und dadurch mittelbar auch bey den übrigen Gerichten." — Diese Worte wurden jedoch auf den Antrag der Stände des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den Gesetzentwurf: die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe betr., vom 27. Sept. 1837, Nr. I, weggelassen. Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real-Commentars S. 846 f.

**) Dieser Artikel stimmt mit Art. I des Gesetzentwurfes wörtlich überein und erhielt auch die Zustimmung der Stände des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den fraglichen Gesetzentwurf vom 27. Sept. 1837, Nr. II. Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real-Comm. S. 846 f. — Ueber die Auslegung des Art. I dieses Gesetzes s. m. Bl. f. RA. Bd. V, S. 193 ff.

dasselbe in völlig gleichgearteten Fällen schon zwey= oder mehrmal auf ungleichförmige Weise entschieden hat, so soll das Erkenntniß des Senats in dieser Streitsache ausgesetzt, und die Rechtsfrage in einer Plenar=Versammlung des obersten Gerichtshofes mit genauer Anführung der allseitigen thatsächlichen Umstände zum Vortrage gebracht, berathen und entschieden werden.

## Art. II *).

Dasselbe soll geschehen, wenn über eine Rechtsfrage eine Entscheidung oder mehrere gleichförmige Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vorliegen, und bey Erörterung eines gegebenen, völlig gleichgearteten Falles der zur Aburtheilung berufene Senat sich einhellig, oder in seiner Mehrheit für eine jenen Entscheidungen widersprechende oder wesentlich davon abweichende Rechtsansicht erklärt.

## Art. III **).

Ein solcher Plenar=Beschluß dient nicht nur für den veranlassenden Fall, welcher sofort von dem betreffenden Senate abzuurtheilen ist, — zur Entscheidungs=

---

*) Dieser Artikel ist mit Art. II des Gesetzentwurfes bis auf die in diesem Zeile 2 u. 4 vorkommenden Worte: „Entscheidungen" und „gleichartigen" ganz gleichlautend und erhielt auch die Zustimmung der Stände des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den desfallsigen Gesetzentwurf vom 27. Sept. 1837, Nr. II. Verhandl. der Kammer der Abgeord. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real=Comm. S. 846 f.

**) Art. III des Gesetzentwurfes lautet, wie folgt: „Der Beschluß dient nicht nur für den veranlassenden Fall, welcher sofort „von dem betreffenden Senate abzuurtheilen ist, sondern auch für „künftige völlig gleichartige Fälle zur Entscheidungsnorm; woran „die sämmtlichen Senate und Mitglieder des Oberappellations„gerichtes so lange gebunden sind, als nicht eine authentische „Auslegung des einschlagenden Gesetzes oder ein neues Gesetz

norm, sondern er nimmt auch für künftige völlig gleichartige Fälle die Natur eines Präjudices im Sinne des Bayerischen Landrechtes Thl. I, Cap. 2, §. 14, Nro. 3 *) an, insolange nicht eine authentische Auslegung unter Mitwirkung der Stände-Versammlung zu Stande gebracht werden wird.

## Art. IV **).

Zur Fassung eines solchen Plenar-Beschlusses ist die Anwesenheit von wenigstens zwey Drittheilen der sämmtlichen Collegial-Mitglieder des obersten Gerichtshofes erforderlich.

Jeder Plenar-Beschluß über solche Rechtsfragen ist mit Beyfügung der juristischen Motive des Beschlusses, jedoch ohne Benennung der veranlassenden Streitsache, durch das Regierungsblatt öffentlich bekannt zu machen.

---

„über den Gegenstand der zweifelhaften Rechtsfrage in verfassungs„mässigem Wege erfolgt." — Statt dieses Artikels beantragten jedoch die Stände des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den desfallsigen Gesetzentwurf vom 27. Sept. 1837, Nro. III den als Gesetz sanctionirten Art. III. Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real-Commentars S. 846 f.

*) Diese Gesetzesstelle lautet, wie folgt: „Die bey der obersten Justizinstanz ergangenen res judicatae und praejudicia haben zwar die Kraft eines geschriebenen General-Gesetzes nicht, dienen aber in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usualinterpretation und ist mithin auch alle Contrarietät zu vermeiden." M. vgl. Seuffert Commentar über die Bayer. Ger. Ord. Bd. I, S. 15—19.

**) Dieser Artikel wurde als Zusatz-Artikel von den Ständen des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den desfallsigen Gesetzentwurf vom 27. Sept. 1837, Nro. IV beantragt und erhielt auch die Königliche Allerhöchste Sanction. — Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real-Comm. zum Proc. Ges. v. 1837, S. 846 f.

Gegenwärtiges Gesetz soll im Gesetzblatte zur öffentlichen Kenntniß gebracht werden.

Unser Staatsministerium der Justiz ist mit dem Vollzuge desselben beauftragt *).

Gegeben München am 17. November 1837.

Ludwig.

Fürst v. Wrede. Frhr. v. Gise. Frhr. v. Schrenk. v. Wirschinger. Frhr. v. Hertling. Staatsrath v. Abel.

Nach Königlich Allerhöchstem Befehl:
Geheimer Rath v. Kreuzer.

---

*) Die Beyfügung dieses Schlußsatzes wurde von den Ständen des Reiches in ihrem Gesammtbeschlusse über den in Rede stehenden Gesetzentwurf vom 27. Sept. 1837, Nro. V beantragt und von Seiner Majestät dem König sanctionirt. Verhandl. der Kammer der Abgeord. v. 1837, Bd. XVIII, S. 464 f. — Anhang m. a. Real-Comm. S. 846 f. — Eine Instruction vom 24. März 1838 regelt den Vollzug des Gesetzes und verbreitet sich über die Ausmittelung und Evidenthaltung der oberstrichterlichen Entscheidungen über zweifelhafte Rechtsfragen und über die Art des Vortrages, der Abstimmung und der Beschlußfassung. Dr. Lauk im Archiv für civ. Praxis, Bd. XXII, Heft 2, S. 296 ff. (§. 1, 10).

# C.

# Motive

zu dem

## Gesetzentwurfe (v. J. 1837),

die

## Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtssachen betreffend.

(Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Beyl. Bd. II, S. 178—186, — zur Beylage VIII gehörig.)

---

§. 1.

Man hört häufig darüber klagen, daß bey dem obersten Gerichtshofe die Präjudicien, d. h. die frühern, gleichförmigen Entscheidungen dieses höchsten Gerichts nicht gehörig beachtet, daß vielmehr in wiederkehrenden Fällen über dieselbe Rechtsfrage entgegengesetzte Urtheile erlassen werden.

Gegründet ist diese Klage; eine höchst unerfreuliche Erscheinung ist es, daß bey vorhandenen ganz gleichen Thatverhältnissen heute das als Unrecht erkannt wird, was gestern als Recht erkannt worden ist.

Sehr nachtheilig sind die Folgen dieses großen Mißstandes. Durch widersprechende oberstrichterliche Entscheidungen wird der Rechtszustand ungewiß und schwankend; die Rechtseinheit, somit die Rechtssicherheit wird gefährdet; die Zahl der Berufungen wird — durch die Aussicht auf möglichen, auf wahrscheinlichen Gewinn — im ungewöhnlichen Verhältnisse vermehrt; die Beför-

derung der Rechtspflege ist gehemmt, das Vertrauen auf die Gründlichkeit der Justizverwaltung bey dem obersten Gerichtshofe, sofort auch die Achtung für denselben ist erschüttert.

Hier muß geholfen werden.

§. 2.

Auf die einfachste, sicherste, angemessenste Weise wird ohne Zweifel geholfen, wenn dasjenige, was

A. die Gesetze des ehemaligen deutschen Reiches, und

B. das Bayerische Landrecht

anordnen, zum allgemein verbindenden Gesetze erhoben wird.

§. 3.

Zu A. Der Reichsabschied vom Jahre 1570, §. 77 befiehlt dem Reichskammergerichte, um aller Ungleichförmigkeit der Urtheile für die Zukunft vorzubeugen, über alle streitige Fragen soll in pleno referirt und Beschluß gefaßt, und diesem gemäß inmittelst solcher verglichener Punkte in decernendo processus et decidendo causas sich verhalten werden.

Dasselbe will der jüngste Reichsabschied v. J. 1654 §. 136 und der Visitationsabschied vom Jahre 1713 §. 84. Im letzteren heißt es:

> „Es ist darüber geklagt worden, daß — viele gegeneinander streitende praejudicia sich bey dem Gericht hervorgethan, — solchem Mißbrauche nun abzuhelfen, wird dem Kammerrichter, Präsidenten und Beysitzern alles Ernstes anbefohlen, dergleichen in alle Wege zu verhüten, und da sich solche Fälle begeben würden, förderlich sich in pleno eines gewissen Schlusses zu vereinbaren, bevorab dahin zu sehen, daß — in gleichen Fällen gleiches Recht und Proceß — erkannt werde.“

§. 4.

Zu B. Ganz nach dem Vorbilde dieser reichsgesetzlichen Bestimmungen verfügt das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756, P. I, cap. 2, §. 14, Nr. 3:

„Die bey der obersten Justizinstanz ergangenen res judicatae und praejudicia haben zwar die Kraft eines geschriebenen Generalgesetzes nicht, dienen aber in zweifelhaften Fällen zur Usualinterpretation und ist mithin auch alle Contrarietät hierin zu vermeiden."

Die Anmerkungen zu dieser Gesetzstelle sagen:

„vis legis gebührt praejudiciis freylich nicht; warum man ihnen aber vim interpretationis usualis absprechen wollte, ist nicht wohl abzusehen. —

In praejudiciis, welche gegen klares Recht laufen, geht dieses nicht an. Ganz andere Beschaffenheit hingegen hat es mit praejudiciis in jure dubio et controverso."

§. 5.

Wenn nun dessen ungeachtet in den oberstrichterlichen Urtheilen häufig eine auffallende Contrarietät zum größten Nachtheile der Rechtssicherheit wahrzunehmen ist, so liegt der Grund hievon darin, daß das Oberappellationsgericht in mehrere Senate getheilt ist, — daß jeder dieser Senate für die darin zur Aburtheilung kommenden Streitsachen das oberste Gericht bildet, und daß manche Räthe dieses Tribunals ihre Ueberzeugung durch die zum Beschlusse erhobenen Meinungen ihrer Collegen nicht binden zu lassen, vielmehr, im Hinblicke auf L. 13 Cod. de sententiis — nicht achtend die Bestimmung in fragm. 38 D. de legibus, — nur nach den Gesetzen zu richten, und diese nur in Uebereinstimmung mit ihrer subjectiven Ansicht anwenden zu müssen glauben.

## §. 6.

Allerdings soll und darf nun zwar da, wo für vorkommende Fälle ein deutliches, bestimmtes Gesetz vorliegt, der Ueberzeugung der selbstständigen und unabhängigen Richter auf keine Weise irgend ein Zwang angelegt werden, und es ist, wie sich der genannte Visitationsabschied §. 84 ausdrückt, bevorab dahin zu sehen, daß keine, den Reichssatzungen offenbar zuwider eingeschlichenen praejudicia bey Verfassung der Bescheide und Urtheile weiter gebraucht oder künftig angenommen werden.

Allein keiner Gesetzgebung in der Welt ist es bis jetzt gelungen, Gesetze zu geben, welche für alle, denkbarer Weise aus den Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens im bürgerlichen Vereine sich entwickelnde, den Beziehungen vollkommen klare und erschöpfende Bestimmungen enthalten.

Schon im fragm. 10. D. de legibus heißt es:

„Weder Gesetze noch Senatsbeschlüsse können so abgefaßt werden, daß sie alle Fälle, welche nur irgend einmal eintreten können, in sich begreifen; es genügt, wenn sie das enthalten, was meistentheils zu geschehen pflegt.“

Es ist bekannt, daß diejenige Gesetzgebung, deren an sich höchst ruhmvolles Bestreben dahin ging, durch umständliche Bestimmungen alle möglichen Fälle zu umfassen, — weit entfernt, diesen Zweck zu erreichen, — gerade durch jenes Bemühen eine zahllose Menge von Zweifeln, Bedenken, Controversen und Verwicklungen veranlaßt hat. Darum hat der Preußische Gesetzgeber die, auf der Voraussetzung der absoluten Vollständigkeit des Civilgesetzbuches gebaute Stelle des allgemeinen Landrechtes Th. I, Tit. I, §. 6:

„Auf ältere Aussprüche der Richter soll bey künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden“ — durch einen Cabinetsbefehl vom 1. August 1836 *) dahin abzuändern für nothwendig befunden, daß, im Falle ein Senat des geheimen Obertribunals von einem bisher behaupteten Rechtsgrundsatze oder von der bis dahin befolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen beschliessen sollte, die dadurch zweifelhaft gewordene Rechtsfrage an das Plenum des geheimen Obertribunals zur Entscheidung zu bringen sey, und daß sodann diese Entscheidung in der vorliegenden Rechtssache dem betreffenden Senate zur Norm zu dienen habe.

§. 7.

Aus allem diesem folgt, daß den Gerichten die Befugniß zustehen muß, bey Entscheidung concreter Fälle, da, wo eine bestimmte gesetzliche Norm nicht besteht, oder, wo das Gesetz dunkel oder zweifelhaft ist, jene Unvollständigkeit oder diese Dunkelheit nach den Regeln der Jurisprudenz zu heben.

Ist aber diese Befugniß einmal oberstrichterlich geübt, ist, nach allseitiger Erwägung der Gründe für die eine und für die andere Meinung, nach genauer und sorgfältiger Würdigung des Rechtsinstituts, wovon es sich handelt, — die, wegen Mangels eines Gesetzes oder eines deutlichen und bestimmten Gesetzes als zweifelhaft erklärte Rechtsfrage beantwortet, so kann es unmöglich dem Willen des Gesetzgebers zusagend seyn, daß dieselbe Rechtsfrage von demselben Tribunal in entgegengesetzter Weise entschieden werde.

---

*) Abgedruckt in den Verhandl. der Kammer der Abg. v. 1837, Bd. III, S. 325—328, Beyl. zu II, und im Anhang m. a. Real-Comm. S. 843—845.

Werden zwar die Urtheile des Oberappellationsgerichts in den Senaten gefaßt, so geht doch die Ausfertigung derselben von dem Oberappellationsgerichte als juristischer oder moralischer Person aus, wie denn die Abtheilung in Senate nur Folge der Geschäftsordnung ist.

§. 8.

Soll nun aber von bindender Kraft einer über eine zweifelhafte Rechtsfrage gefaßten oberappellationsgerichtlichen Entscheidung die Rede seyn, so muß

a) das Plenum, die Gesammtheit der Mitglieder des Gerichtshofes in ihrer Mehrheit dafür sich ausgesprochen haben, und es muß sodann

b) in dem später zur Aburtheilung gelangenden Falle vor Allem die Präjudicialfrage festgestellt werden, daß dieser Fall nach allen seinen thatsächlichen Verhältnissen dem früher entschiedenen gleich sey.

Deßhalb ermahnt Freyherr von Kreittmayr in den Anmerkungen a. a. O. zur großen Vorsicht in Application früherer oberstrichterlicher Urtheile auf vorkommende Fälle:

„damit man nicht über die Scheibe hinaus schieße, indem der allergeringste Umstand den casum mutirt, und sich selten zwey casus so, wie ein paar Ey, einander gleichen."

§. 9.

Wendet man dagegen ein, auf solche Weise werde:

a) einer Seits die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Richter des Oberappellationsgerichtes beeinträchtiget, da sie ihre Ueberzeugung fremder Ueberzeugung unterordnen müssen, und

b) anderer Seits räume man dem obersten Gerichtshofe eine Art gesetzgebender Gewalt ein, so ist dagegen in Erwägung zu ziehen:

Zu a. Von einer zweifelhaften Rechtsfrage handelt es sich, von einer Frage, hinsichtlich welcher der Gerichtshof selbst dahin sich ausgesprochen hat, daß sich nicht mit Gewißheit ausmitteln lasse, welches der Sinn des Gesetzes oder was überhaupt Rechtens sey.

In einem solchen Falle ist es dem Interesse des öffentlichen Rechtszustandes, dem Interesse des allgemeinen Wohles zusagend, daß der Gesetzgeber Unterordnung der individuellen Ansicht unter den Ausspruch des Plenums anbefehle.

Kann das venerari conclusum je dem Justizrathe zur Pflicht gemacht werden, so ist das hier der Fall, wo die höhere Rücksicht einer gleichförmigen, nicht dem Zufalle preisgegebenen Rechtsverwaltung, wie die Würde und das Ansehen des höchsten Justiztribunals selbst dadurch bedingt ist.

Zu b. Da, wo ein klares Gesetz vorliegt, darf der Richter nur dasselbe anwenden. Er ist streng an das Gesetz gebunden. Wo aber jene Voraussetzung nicht eintritt, da ist es des Richters Pflicht, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln den Willen des Gesetzgebers zu erforschen. Sein Streben muß auf Ausmitteln und Anwenden jenes Willens gerichtet seyn. Was er diesem Willen für gemäß erachtet, das spricht er aus. Dieser Ausspruch ist kein Gesetzgeben, sondern ein Anwenden des Gesetzes, — nach dessen Buchstaben, wo das Gesetz klar, bestimmt und vollständig ist, — nach seinem Geiste, wo der Buchstabe nicht ausreicht.

Hat ja das Oberappellationsgericht am 15. Januar 1821 im Plenum mehrere Beschlüsse über den Sinn und die Anwendung einiger für zweifelhaft erachteten §§. des Proceßgesetzes vom

22. July 1819 gefaßt, an welche sich bisher durchaus gehalten worden ist. Ein ungebührlicher Eingriff in die Sphäre der gesetzgebenden Gewalt wurde hierin überall nicht gefunden.

## §. 10.

Nach diesen Prämissen wird es einer umständlicheren Motivirung der Artikel des Entwurfes nicht weiter bedürfen.

Zwey Fälle sind möglich:

Entweder das Oberappellationsgericht hat schon zweymal oder öfter in ganz gleichen Fällen auf ungleichförmige Weise entschieden, und es soll nun über dieselbe Rechtsfrage in einem zur Aburtheilung kommenden Falle entschieden werden, — oder es liegt eine, oder es liegen mehrere gleichförmige Entscheidungen vor, und ein ganz gleichartiger Fall soll nunmehr, nach Stimmen-Einheit oder Mehrheit im Senate, in widersprechender oder abweichender Art entschieden werden.

In beyden Fällen hat das Plenum über die Rechtsfrage Beschluß zu fassen, und dieser Beschluß dient allen Senaten, allen Mitgliedern des Tribunals solange zur Entscheidungsnorm, bis etwa eine authentische Erklärung des einschlagenden Gesetzes, oder ein neues Gesetz von der Regierung in Antrag gebracht und auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande gebracht wird.

Mit Zuversicht läßt sich erwarten, daß auch die Appellationsgerichte und die Untergerichte in Entscheidung vorkommender zweifelhafter Rechtsfragen an die rerum similiter judicatarum auctoritas fr.: 38 D. de legibus sich halten und dadurch zur Herstellung einer gleichförmigen und constanten Jurisprudenz das Ihrige beyzutragen sich angelegen seyn lassen werden.

§. 11.

Um den Vollzug des Gesetzes zu sichern, wird es nothwendig seyn, sogleich, wenn der Entwurf zum Gesetze erhoben seyn wird, ein Vollzugsrescript *) an das Präsidium des Oberappellationsgerichtes zu erlassen, des Inhaltes. Dasselbe habe:

1) Präjudicienbücher anlegen zu lassen, in denen in sämmtlichen Senaten die über zweifelhafte Rechtsfragen ergangenen — gleichförmigen, wie ungleichförmigen — Senatsentscheidungen einzutragen sind, in denen gleichmäßig die ferner ergehenden gleichförmigen Erkenntnisse bemerkt werden müssen;

2) dasselbe habe anzuordnen, daß in dem Falle, wenn etwa in einem Senate durch Einheit oder Mehrheit der Stimmen ein von früherer Entscheidung oder von früheren gleichförmigen Entscheidungen über dieselbe Rechtsfrage abweichender Beschluß gefaßt werden wollte, hievon dem Präsidium die Anzeige zu machen sey, welches die Beantwortung der Rechtsfrage in pleno zu veranlassen habe; —

3) es habe endlich von allen in gedachter Art gefaßten Plenarbeschlüssen dem Staatsministerium der Justiz Kenntniß zu geben, damit dieses in den Stand gesetzt sey, die öffentliche Bekanntmachung der Beschlüsse und im Falle anerkannten Bedürfnisses authentische Gesetzeserläuterung oder ein neues Gesetz auf verfassungsmäßigem Wege zu bewirken.

Der
Königl. Staatsminister der Justiz
(L. S.) Freyherr v. Schrenk.

---

*) M. s. die über den Vollzug dieses Gesetzes erlassene Instruction vom 24. März 1838.

# II.

# Plenar-Beschlüsse

des

## Oberappellations-Gerichts des Königreiches Bayern

in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

---

## I.

## Plenar-Beschluß

vom 27. Juny 1838.

(Reg. Bl. von 1838, Nro. 29. S. 485 — 489.)

---

„In Streitigkeiten über das Handlohnsrecht „und dessen Umfang sind Berufungen an das Königliche Oberappellationsgericht gegen Erkenntnisse, „welche vor dem 1. Juny 1838 verkündet worden sind, „an die gesetzliche Appellations- oder Revisions-„Summe nicht gebunden.“ —

### Motive.

Seit dem durch die im Landtags-Abschiede vom 29. December 1831, Abschn. III, §. 8*) enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen die Berufungen an die dritte Instanz beschränkt worden sind, wurden über die Frage: ob in Streitigkeiten über das Handlohnsrecht und dessen Umfang Berufungen an den obersten Gerichtshof an die gesetzliche Appellations- oder Revisions-Summe gebunden seyen? ungleichförmige oberstrichterliche Erkenntnisse erlassen.

---

*) Ges.Bl. v. 1831, Nro 8, S. 86 f. — Anhang zum I. Th. m. Samml. von Novellen zur Ger.Ord. v. 1838, S. 12.

Da über Berufungen an den obersten Gerichtshof gegen Erkenntnisse in Handlohnsstreiten, die vor dem Eintritte der Wirksamkeit des Gesetzes vom 17. Nov. 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, publicirt worden sind, erst noch oberstrichterlich zu entscheiden ist, so wurde diese Frage, eingeschränkt auf solche Berufungen, — gemäß dem Gesetze von demselben Tage über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, — in einer Plenar-Versammlung des Königlichen Oberappellationsgerichtes zum Vortrage und zur Berathung gebracht.

Aus folgenden Gründen wurde solche durch obigen Plenar-Beschluß verneinend entschieden.

1.

Von der in der Gerichts-Ordnung Cap. XV, §. 3, Nro. 6 enthaltenen Vorschrift, daß eine Appellation von geringen Händeln unter 50 Gulden an Geld oder Geldes-Werthe nicht statthaben soll, sind daselbst jura incorporalia, ohne Beschränkung auf Personen-Rechte, ausdrücklich ausgenommen; als darunter begriffen, sind daher auch die, aus dem Obereigenthume fließenden Rechte, namentlich Rechte zum Bezuge von Grundrenten zu achten, wofür auch die Anmerkungen über die Gerichts-Ordnung zu der angeführten Stelle sprechen.

2.

Der in dieser Gesetzesstelle mit den Worten: „jura incorporalia“ verbundene Beysatz: „oder andere nicht leicht in Anschlag zu bringende Sachen läßt erkennen, daß der Gesetzgeber angenommen habe, dergleichen Rechte seyen nicht leicht in einen Werthsanschlag zu bringen, und daß hierin der Grund ihrer Ausnahme liege; auch enthält die Gerichtsordnung keine Vorschriften darüber, wie der Werth solcher Rechte auszumitteln sey,

damit nach diesem Werthe über die Statthaftigkeit von Appellationen in Streitigkeiten wegen derselben geurtheilt werden könne.

3.

Durch das General-Mandat vom 16. August 1779*) sind die Berufungssummen erhöht, ohne daß hinsichtlich der in der Gerichtsordnung von dem Erfordernisse einer Berufungssumme ausgenommenen jurium incorporalium etwas geändert worden ist.

4.

Im Landtagsabschiede vom 29. December 1831, Abschn. III, §. 8, Buchst. c. ist die Ausnahme nur dahin gesetzlich beschränkt, daß jährliche bestimmte Geld- und Naturalleistungen an die legale Summe gebunden sind; die zugleich verordnete einfache Art der Werthserhebung ist auch nur auf jährliche bestimmte Renten anwendbar. Hiedurch erscheint hinsichtlich unständiger Renten die Ausnahme bestärkt.

5.

Dieses erhellet auch aus der Art, wie diese neuere gesetzliche Bestimmung entstanden ist. Die Kammer der Abgeordneten hatte den Antrag beschlossen, daß bezüglich unkörperlicher Rechte die Berufung an die dritte Instanz nach der Gerichtsordnung Cap. XV, §. 3, Nro. 6 ohne Rücksicht auf eine Summe nur dann stattfinde, wenn dieselben in ihrem Werthe nicht zu bestimmen sind, die Kammer der Reichsräthe wollte aber, daß es in diesem Punkte bey der Gerichtsordnung belassen werde, und gab deßwegen ihre Zustimmung nicht. Nun modificirte die Kammer der Abgeordneten den zu stellenden

---

*) M. G. S. Bd. I, S. 152 f., Nro. 4. — Novellen z. Bayer. Ger.Ord. v. 1811 (Bd. I), S. 273 u. neueste Ausg. Th.II, Cap. XV, zu §. 3 (CCXXXII).

Antrag dahin: daß jährliche bestimmte Geld- und Naturalleistungen an die legale Summe gebunden seyen; erst diesem so modificirten Antrage trat die Kammer der Reichsräthe bey, worauf derselbe im Landtags-Abschiede vom 29. December 1831 durch Königliche Sanction zum Gesetze erhoben wurde.

München, den 27. Juny 1838.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bey Erkrankung des Königlichen Präsidenten:

Frhr. v. Freyberg, Director.

Söllner, Secretär.

---

## II.

## Plenar-Beschluß

### vom 8. November 1838.

(Reg.Bl. v. 1838, Nro. 40, S. 645 — 651.)

„Die Zuläßigkeit einer nach dem 1. October 1824 „gestellten Klage gegen den Königlichen Fiscus der „Staatsschuldentilgungs-Anstalt ist nach dem Ge„setze vom 1. Juny 1822, das Staatsschuldenwesen „betreffend, nicht durch die Behauptung bedingt, daß „klagender Theil die Forderung der im Art. III *)

*) Dieser Artikel lautet, wie folgt: „Alle Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. October 1811 noch keine Zinsen erhoben worden sind, nicht minder alle Zahlungsrückstände für die Zeit vor dem 1. October 1811, und überhaupt alle Forderungen aus Titeln vor dem erwähnten Tage werden als erloschen betrachtet, wenn sie nicht bis zum ersten October 1824, entweder bey Unserem Staats-Ministerium der Finanzen, oder bey Unserer Staats-Schuldentilgungs-Commission, oder bey dem Forum der Staats-Schuldentilgungsanstalt angebracht seyn werden." Ges.Bl. v. 1822, Nro. 3, S. 143 f. — M. s. Dr. Franz Maier geschichtl. Darstellung des Staatsschuldenwesens des Königreichs Bayern. Erlangen 1839.

„jenes Gesetzes bestimmten Zeit, und bey einer „der hierin genannten Behörden angemeldet „habe."

## Motive.

Ueber die Rechtsfrage: ob die Zulassung einer nach dem 1. October 1824 gegen die Staatsschuldentilgungs-Anstalt erhobenenen Klage zur Verhandlung — nach dem Gesetze vom 1. Juny 1822, das Staatsschuldenwesen betreffend, — durch die Behauptung bedingt sey, daß klagender Theil die eingeklagte Forderung nach der Vorschrift des Art. III dieses Gesetzes angemeldet habe? — sind bereits ungleichförmige oberstrichterliche Erkenntnisse erlassen worden; deßhalb wurde diese Rechtsfrage aus Veranlassung eines zur Entscheidung gekommenen völlig gleichgearteten Falles gemäß dem Gesetze vom 17. November 1837 in einer Plenar-Versammlung des Königlichen Oberappellationsgerichtes zum Vortrage und zur Berathung gebracht, in welcher sie durch obigen Plenarbeschluß aus folgenden Gründen verneinend entschieden wurde.

1.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist eine Klage als rechtlich begründet zur proceßualischen Verhandlung zuläßig, wenn in derselben die zur rechtlichen Entstehung des gegen den beklagten Theil geltend gemachten Rechtsanspruches erforderlichen Thatsachen deutlich, bestimmt und vollständig vorgetragen sind, und mit diesem Vortrage die Klagebitte übereinstimmt.

Das Vorbringen, daß der Rechtsanspruch noch bestehe, oder nicht wieder aufgehoben worden, oder nicht erloschen sey, gehört nicht zur Begründung der Klage; wohl aber mag der Beklagte durch die Behauptung des Gegentheiles in der Klageantwortung seine Rechte zu

vertheidigen suchen, ohne daß der Kläger verbunden ist, einer solchen Rechtsvertheidigung schon in der Klage zu begegnen.

2.

Besondere von diesen Rechtsgrundsätzen abweichende Vorschriften für die Klagen gegen die Staasschuldentilgungsanstalt wegen Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811 enthalten weder die allgemeinen Proceßgesetze, noch die über das Staatsschuldenwesen erlassenen speciellen Gesetze.

Das Gesetz vom 1. Juny 1822, Art. III verordnet zwar, daß die darin bezeichneten Forderungen als erloschen betrachtet werden sollen, wenn sie nicht bis zum 1. October 1824 bey einer der hierin genannten Behörden angebracht seyn werden. Durch diese Verordnung ist aber:

a) die Klage wegen einer entweder bey dem Staatsministerium der Finanzen oder bey der Staatsschuldentilgungs-Commission rechtzeitig angemeldeten, jedoch nicht anerkannten Forderung auch nach dem 1. October 1824 zugelassen;

b) dem Kläger bezüglich der Behauptung oder des Nachweises der gehörig geschehenen Anmeldung eine besondere Verbindlichkeit, welche er schon mit der Klage zu erfüllen hätte, nicht auferlegt, und

c) ebenso wenig eine rechtliche Vermuthung dafür festgestellt, daß eine nach dem 1. October 1824 eingeklagte Forderung nicht vorschriftmäßig angemeldet worden sey, sondern

d) nur der Staatsschuldentilgungs-Anstalt als dem beklagten Theile das Recht eingeräumt, einer solchen Klage die Einrede der Erlöschung der Forderung, im Falle der unterlassenen Anmeldung entgegenzu-

setzen, um sich dadurch von einem, wenn auch an sich begründeten Anspruche zu befreyen.

Diese rein materielle, das Klagerecht aufhebende Einrede von Amtswegen ohne vorläufige Vernehmung des beklagten Theiles zu ergänzen, ist jedoch der Richter nach Vorschrift der Gerichtsordnung Cap. VI, §. 9 und den Anmerkungen hiezu nicht berechtiget.

3.

Der im §. 9 der Proceßnovelle vom 22. July 1819 *) als Vorbedingung zur Klagestellung gegen den Fiscus angeordnete Recurs an die zunächst einschlägige obere Administrativbehörde ist von der im Art. III des Gesetzes vom 1. Juny 1822 vorgeschriebenen Anmeldung wesentlich verschieden.

Dieses erhellet, vorzüglich daraus, daß die Unterlassung des an eine bestimmte Zeit nicht gebundenen Recurses im Administrativwege nur ein zeitliches Hinderniß der Klagestellung bildet, die Unterlassung der Anmeldung in dem bestimmten Termine aber die Erlöschung der Forderung oder den Verlust des Klagerechtes selbst zur rechtlichen Folge hat, und daß dem §. 9 auch durch einen Recurs nach dem 1. October 1824 Genüge geleistet würde, während eine solche Anmeldung nach dem Gesetze vom 1. Juny 1822 von dem Rechtsnachtheile der Erlöschung nicht befreyen könnte.

Bey dieser wesentlichen Verschiedenheit beyder Gesetze kann folgerichtig nicht behauptet werden, daß die im Gesetze vom 1. Juny 1822, Art. III vorgeschrieb-

---

*) Ges.Bl. v. 1819, St. VII., S. 65 f. — Novellen zur Bayer. Ger.-Ord. Bd. III, S. 161/163, Nro. CLXXVI u. neueste Ausg. Th. II, Cap. III, zu §. 6 (CLXXVI), dann Anhang zum I. Th. m. Samml. v. Novellen zur Bayer. Ger.-Ord. v. 1838, S. 8.

ene Anmeldung die Stelle des im §. 9 der Proceß-Novelle angeordneten Recurses vertrete, also gleich diesem schon in der Klage behauptet und allenfalls auch nachgewiesen werden müsse; um so minder, als es überhaupt unzuläßig ist, die Bestimmung eines Specialgesetzes, wozu der eben angeführte Art. III gehört, durch eine ältere allgemeine, zu einem ganz anderen Zwecke gegebene Gesetzesnorm zu ergänzen, zu erläutern oder abzuändern.

4.

Nach Vorschrift der Gerichtsordnung Cap. IV, §§. 17, 7 und 8 darf der Richter nur solche Klagen, welche nach dem Klagevortrage selbst ungegründet oder nicht gehörig, oder in der angebrachten Art nicht begründet sind, ohne Einleitung einer Verhandlung unbedingt oder bedingt abweisen. Da nun zur Begründung einer Klage gegen die Staatsschuldentilgungsanstalt, auf welche das Gesetz vom 1. Juny 1822, Art. III Anwendung findet, die Behauptung der vorschriftmäßig geschehenen Anmeldung der Forderung nicht gehört, weil diese Anmeldung nur eine schon bestehende Forderung gegen den gesetzlich angedrohten Rechtsnachtheil der Erlöschung schützen soll, so kann auch eine solche Klage, welche diese Behauptung nicht enthält, nicht von Amtswegen, als in der angebrachten Art unzuläßig, abgewiesen werden.

München, den 8. November 1838.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

Nickels, Secretär.

# III.

## Plenar-Beschluß

### vom 13. December 1838.

(Reg.Bl. von 1839, Nro. 1, S. 7 — 14.)

„In dem Falle, wo eine Berufung wegen „Mangels der Appellationssumme von einer Mit„telinstanz abgewiesen wurde, ist eine Beschwerde „an den obersten Gerichtshof nur dann zuläßig, „wenn die zur Berufung dahin erforderliche „Summe *) vorhanden ist.“

## Motive.

Ueber die Rechtsfrage, ob in dem Falle, wo eine Berufung wegen Mangels der Appellationssumme von einer Mittelinstanz abgewiesen worden, eine Beschwerde an den obersten Gerichtshof nur dann zuläßig sey; wenn die zur Berufung dahin erforderliche Summe vorhanden ist? — sind ungleichförmige oberstrichterliche Erkenntnisse erlassen worden, weshalb diese Rechtsfrage — aus

*) In einem Erkenntnisse des Kgl. Oberappellationsgerichts vom 6. May 1839 (K. 718, 1838/39. — A.G.Act. v. Oberfranken K. 44, 1836) ist der Grundsatz ausgesprochen, daß die Beschwerde, welche gegen ein appellationsgerichtliches Erkenntniß, wodurch die Berufung wegen Mangels der Berufungssumme abgewiesen wurde, gerichtet ist, an den obersten Gerichtshof nach dem oberstrichterlichen Plenarbeschluß vom 13. December 1838 (Reg. Bl. 1839, S. 7), nur dann zuläßig sey, wenn die zur Berufung dahin erforderliche Summe von 100 Gulden vorhanden ist. Bl. f. RA. Bd. IV, S. 238. — M. vgl. auch das OAGE. vom 26. März 1823. W. 583 1821/22. (AGAct. d. vorm. Rezatkr. W. 411 1820/21), welches bezüglich der Größe der Beschwerdesumme denselben Ausspruch enthält. Bl. f. RA. Bd. III, S. 364 n. 2. — Uebrigens s. m. noch Bd. IV, S. 44 ff. u. 136 ff., dann Bd. V, S. 291 und Beyl. zu Nro. 19 d. alleg. Blätter.

Veranlassung eines zur Entscheidung gekommenen völlig gleichgearteten neuen Falles — gemäß dem Gesetze vom 17. Nov. 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, — in einer Plenar-Versammlung des K. Oberappellationsgerichts zum Vortrage und zur Berathung gebracht und durch obigen Plenar-Beschluß aus folgenden Gründen bejahend entschieden wurde:

1.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen sind in streitigen Rechtssachen nur Berufungen gegen Erkenntnisse an das Daseyn einer Beschwerdesumme gebunden, ohne welche sie bey dem höhern Richter nicht zuläßig sind.

Cod. jud. cap. XV, §. 3, Nro. 6. Verordnung vom 16. August 1779*), bestätigt am 15. December 1779**) und 11. Februar 1811***).

Verordnung für die fränkischen Fürstenthümer vom 26. September 1803****) und bestätigt am 28. November 1803†).

Landtagsabschied vom 29. Dec. 1831, Nro. III, 8††).

Proceßgesetz vom 17. November 1837, Abschnitt VI, §. 57 u. ff. †††).

---

*) M. G. S. Bd. I, S. 152 f. Nr. 4. — Novellen zur Bayer. Ger.Ord. v. 1811 (Bd. I), S. 273 f. und neueste Ausgabe Th. II, Cap. XV, zu §. 3 (CCXXXII).

**) M. G. S. Bd. I, S. 189, Nr. 2. — Novellen a. a. O.

***) Reg.Bl. v. 1811, St. XII, S. 235 f. — Novellen ibid.

****) Fr. Reg.Bl. v. 1803. St. XXXIX, S. 236 f. — Novellen a. a. O.

†) Fr. Reg.Bl. v. 1803, St. L, S. 321. — Novellen a. a. O.

††) Ges.Bl. v. 1831, Nro 8, S. 86 f. — Anhang zum I. Th. m. Samml. von Novellen z. Bayer. Ger.Ord. v. 1838. S. 12.

†††) Ges.Bl. v. 1837, Nro. 2. S. 75 f. — Anhang zum I. Th. der alleg. Novellen S. 36 f. u. neueste Ausg. m. Samml. von Novellen zur GO. Th. II. Cap. XV, zu §. 3 (CCXXXII).

2.

Die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage hängt daher von der rechtlichen Natur der Beschwerde ab, ob nämlich diese als

a) eine Justizverweigerungs= oder
b) eine Extrajudicial= oder
c) eine Nichtigkeits=Beschwerde, oder als
d) eine Berufung gegen ein Erkenntniß — zu betrachten sey, weil in den drey ersten Fällen die Beschwerdeführung durch das Daseyn einer Beschwerdesumme nicht bedingt ist.

Cod. jud. cap. I, §. 19, Absatz I.
cap. XV, §. 5, Nro. 7.
cap. XVI, §. 2.

Zu a.

Die in Frage stehende Beschwerde ist nun aber keine Justizverweigerungs=Beschwerde, indem durch das Erkenntniß der Mittelinstanz, wodurch eine Berufung wegen Mangels der Appellationssumme abgewiesen wird, die Justiz nicht verweigert, sondern vielmehr gemäß Vorschrift der Gerichtsordnung Cap. XV, §. 11, Nro. 1 administrirt wird, weil nach dieser Gesetzesstelle es dem Appellationsrichter zur Pflicht gemacht ist, zuvörderst die Förmlichkeiten der Berufung, wozu auch die Appellationssumme gehört, zu prüfen, und wenn er daran einen Mangel findet, die Berufung mit Uebergehung der Hauptsache von Amtswegen sogleich für nicht devolvirt zu erkennen, so daß also derselbe, wenn er eine Berufung wegen Mangels der hiezu erforderlichen Summe abweiset, seine richterliche Thätigkeit nicht verweigert, sondern vielmehr dem gesetzlichen Gebote gemäß ausübt.

Der Umstand, daß der Appellationsrichter allenfalls aus einer unrichtigen oder ungerechten Ansicht

die Appellationssumme als nicht vorhanden annimmt, obwohl sie gegeben ist, begründet keine Justizverweigerung, sondern nur ein unrichtiges oder ungerechtes Urtheil, wogegen keine Justizverweigerungs-Beschwerde, — welche immer die gänzliche Versagung der richterlichen Thätigkeit voraussetzt, — sondern nur das ordentliche Rechtsmittel der Berufung statt findet.

Cod. jud. cap. XV, §. 1 et in notis.

Zu b.

Eben so wenig ist die erwähnte Beschwerde als eine Extrajudicial-Beschwerde zu betrachten, denn ein gravamen extrajudiciale ist nach der Gerichtsordnung cap. XV, §. 5, Nro. 6 dasjenige, welches extra viam et ordinem processus in Kraft obrigkeitlichen Amtes verhängt wird, wenn — wie es in den Anmerkungen zu dieser Gesetzesstelle heißt — der Richter ohne ordentliches Erkenntniß mit beschwerlichen Aufträgen oder Thathandlungen verfahrt, z. B. da er eine beschwerliche Vormundschaft oder Scharwerk aufdringt, oder mit Geldstrafen, Arrest und dergleichen Extrajudicial-Geboten oder Verboten verfahrt. Sobald aber die Sache einmal ad judicium contradictorium, und sofort zur ordentlichen Entscheidung kommt, so gibt es kein gravamen extrajudiciale mehr, weil dieses nach dem Texte des Gesetzes Nro. 7, loc. cit. aufhört, wenn ein ordentliches Erkenntniß cum plena causae cognitione darüber ergangen ist.

Da nun dem in appellatorio erlassenen Erkenntnisse, wodurch die Berufung wegen Mangels der hiezu erforderlichen Summe abgewiesen wird, ein judicium contradictorium vorausgeht, indem sowohl nach der Gerichtsordnung als nach der Proceßnovelle vom 22. July 1819 und dem Proceßgesetze vom 17. November 1837 in der

Appellations-Instanz eine bestimmte Procedur stattfindet, auf welche hin erst das — die Berufung abweisende — Erkenntniß erfolgt, zu dessen Erlassung nach der sub lit. a angezogenen Bestimmung der Gerichtsordnung cap. XV, §. 11 der Appellationsrichter verpflichtet und berechtiget ist, so ist das fragliche Erkenntniß ein in judicio contradictorio, in via et ordine processus et cum plena causae cognitione ergangener richterlicher Ausspruch, und daher ein wahres, der Rechtskraft fähiges Urtheil, welches durch eine bloße Extrajudicial-Beschwerde, die an die Formalien so genau nicht gebunden ist, nicht angefochten werden kann.

Cod jud. cap. XV, §. 5, Nro. 7 et in notis.

Die gegen ein solches Erkenntniß an den obersten Gerichtshof gebrachte Beschwerde ist daher auch nicht als eine Extrajudicial-Beschwerde anzusehen.

Zu c.

Noch viel weniger aber ist die gedachte Beschwerde als Nichtigkeits-Querel wegen unheilbarer Nichtigkeiten zu betrachten, weil diese Querel gemäß Gerichtsordnung cap. XVI, §. 2 nur wegen Mangels der Citation oder Jurisdiction statt findet, die gedachte Beschwerde aber sich weder auf den einen noch andern Mangel, sondern lediglich auf eine Ungerechtigkeit in judicando stützt, wogegen nicht die Nullitätsbeschwerde, welche nicht einmal bey heilbaren Nichtigkeiten Platz greift, sondern nur das ordentliche Rechtsmittel der Berufung gegeben ist.

Cod. jud. cap. XVI, §. 2, Nro. 4 et in not.

Zu d.

Dagegen ist, wie schon aus vorstehender Erörterung hervorgeht, die mehr erwähnte Beschwerde als eine Berufung zu betrachten, weil der zweytrichterliche Ausspruch — auf vorausgegangene für Appellationssachen

gesetzlich bestimmte Procedur und Verhandlung, und innerhalb der Competenz des Appellationsrichters, welcher über die Formalien der Appellation, und daher auch über das Daseyn der hiezu erforderlichen Summe gemäß oben angezogener Gesetzesstelle cap. XV, §. 11 der Gerichtsordnung zu erkennen befugt ist, erlassen worden, und daher die Beschwerde gegen ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß gerichtet ist, für welchen Fall das Gesetz zur Beseitigung der Rechtskraft, und zur Remedirung der allenfallsigen Rechtsverletzung, das Rechtsmittel der förmlichen, — d. i. der an gewisse Bedingungen gebundenen — Berufung gegeben hat.

Cod jud. cap. XIV, §. 10 und 12.
cap. XV, §. 1 und 12 et in notis.

3.

Da nun nach den gesetzlichen Bestimmungen:

Verordnung vom 16. August 1779, Nro. 4 und bestätiget am 15. December 1779 und 11. Februar 1811;

Verordnung für die fränkischen Fürstenthümer vom 26. September 1803 und bestätiget am 28. November 1803;

Landtagsabschied vom 29. Dec. 1831, Nro. III, 8;

Proceßgesetz vom 17. November 1837, §. 57

zu den Bedingungen für die Zuläßigkeit der Berufung bey dem obersten Gerichtshofe auch das Daseyn einer bestimmten Beschwerdesumme gehört; so ist die Beschwerde an das Oberappellationsgericht gegen ein Erkenntniß einer Mittelinstanz, wodurch die Berufung lediglich wegen Mangels der Appellationssumme abgewiesen wurde (da diese Beschwerde nach vorstehender Ausführung eine wirkliche Berufung ist), nur dann

zulässig, wenn die zur Berufung an den obersten Gerichtshof erforderliche Summe*) vorhanden ist.

München, den 13. Dezember 1838.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Wegen Unpäßlichkeit des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

Schidermair, Secretär.

---

# IV.

## Plenar-Beschluß

vom 19. December 1839.

(Reg. Bl. v. 1840, Nro. 1, S. 5 — 14.)

---

„Auf eine persönliche Klage gegen den Königlichen Fiscus in Zollsachen ist als Gericht erster „Instanz ausschließlich das Königliche Appellations-„Gericht von Oberbayern competent."

## Motive.

Die Verfassungs-Urkunde bestimmt Tit. VIII, § 5**), daß der Königliche Fiscus in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bey den Königlichen Gerichtshöfen Recht nehmen werde. Welcher Gerichtshof in dem einzelnen Falle der zuständige sey, muß entweder aus besondern gesetzlichen Bestimmungen, oder in Ermangelung derselben aus den bestehenden allgemeinen Grundsätzen über die Competenzverhältnisse entnommen werden. Nach diesen unterliegt es keinem Anstande, daß in Betreff der gegen den Königlichen Fiscus zu erheb-

---

*) von 100 fl.

**) Ges. Bl. v. 1818, St. VII, S. 134. — Novellen zur Bayer. Ger. Ord. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 157 f.

enden Real- und Besitz-Klagen das Appellationsgericht, in dessen Gerichtsbezirke die Sache gelegen ist, competent sey*). Für die gegen denselben zu erhebenden Personalklagen muß dagegen der generelle Gerichtsstand des Wohnsitzes, — Cod. jud. Cap. I, §§. 2 et 3 und Anmerkung zu §. 2, lit. a — wie überall, als Regel angenommen werden, deren Anwendung sich danach zu richten hat: welche Behörde hinsichtlich des betreffenden Anspruchs von der Staatsgewalt als Vertheidiger des Staatsinteresse aufgestellt ist.

In Anwendung dieses Grundsatzes gehören vor das Forum des Königlichen Appellationsgerichtes von Oberbayern die Klagen, welche gegen den Staat in Beziehung auf solche Verhältnisse erhoben werden, worin derselbe durch Centralstellen, die in München ihren Sitz haben**), vertreten ist. Namentlich ist dieses ausgesprochen:

a) für die Postanstalt durch die Verordnung vom 26. Juny 1818***),

b) für die Staatsschuldentilgungs-Anstalt durch das Gesetz vom 1. Juny 1822, Art. IV†),

c) für den Militärfiscus durch ein allerhöchstes Rescript vom 14. December 1819††).

---

*) M. vgl. das Erkenntniß des K. Oberappellationsgerichts vom 11. Sept. 1819. Novellen zur G. O. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, Nr. 6 u. Rescript vom 20. April 1838.

**) Novellen zur G. O. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, N. 7.

***) A. Int. Bl. v. 1818, St. XXXIV, S. 725. — M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 158, f. Nr. 3 u. 7.

†) Ges. Bl. v. 1822, Nro. 3, S. 144. — M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 160 f. CX. — M. vergl. auch Nr. CXI. a. a .O.

††) M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 158 f., CIX,

Auf gleiche Weise ist die Competenz der Appellationsgerichte in den verschiedenen Kreisen für die gegen den Königlichen Fiscus in Betreff des gewöhnlichen Finanzdienstes erhobenen Klagen, lediglich eine Anwendung des nämlichen Princips, indem den Königlichen Kreisregierungen, Kammern der Finanzen, die Leitung der Finanzverwaltung in den Kreisen im Allgemeinen, die Aufsicht über den Staatsaufwand . . ., endlich die Leitung und Führung der fiscalischen Processe anvertraut ist.

Verordnung vom 17. December 1825 über die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen §§. 87 und 120*).

Verordnung vom 27. November 1825, die Auflösung des Generalfiscalats betreffend, §§. 4 und 6**).

Die Frage: welcher Gerichtshof competent sey, über die gegen den Königlichen Fiscus in Zollsachen erhobenen persönlichen Klagen zu erkennen? wurde von dem Königlichen Oberappellationsgerichte in früheren Fällen verschieden beantwortet, namentlich, liegen auch Entscheidungen vor, wonach das Appellationsgericht desjenigen Kreises, in welchem die, die Klage veranlassende Rechtsverletzung vorgefallen seyn soll, für zuständig erachtet wurde***). Da ein neuerlicher Rechtsfall zu der

---

5.—M. vgl. das OAG. Erkenntniß vom 29. Dec. 1821 in Sachen E. gegen den Militärfiscus wegen Pensionsforderung.

*) Reg. u. Int. Bl. v. 1825, Nr. 54, S. 1105 u. 1124 f. — Novellen zur Bayer. GO. neueste Ausgabe, Th. II, Cap. III, zu §. 6 (CLXXVI).

**) Alleg. Reg. u. Int. Bl. Nr. 49, S. 924 f., 926 f.—Novellen a. a. O.

***) Novellen zur GO. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, Note *).

enden Real- und Besitz-Klagen das Appellationsgericht, in dessen Gerichtsbezirke die Sache gelegen ist, competent sey**). Für die gegen denselben zu erhebenden Personalklagen muß dagegen der generelle Gerichtsstand des Wohnsitzes, — Cod. jud. Cap. I, §§. 2 et 3 und Anmerkung zu §. 2, lit. a — wie überall, als Regel angenommen werden, deren Anwendung sich danach zu richten hat: welche Behörde hinsichtlich des betreffenden Anspruchs von der Staatsgewalt als Vertheidiger des Staatsinteresse aufgestellt ist.

In Anwendung dieses Grundsatzes gehören vor das Forum des Königlichen Appellationsgerichtes von Oberbayern die Klagen, welche gegen den Staat in Beziehung auf solche Verhältnisse erhoben werden, worin derselbe durch Centralstellen, die in München ihren Sitz haben**), vertreten ist. Namentlich ist dieses ausgesprochen:

a) für die Postanstalt durch die Verordnung vom 26. Juny 1818***),

b) für die Staatsschuldentilgungs-Anstalt durch das Gesetz vom 1. Juny 1822, Art. IV†),

c) für den Militärfiscus durch ein allerhöchstes Rescript vom 14. December 1819††).

---

*) M. vgl. das Erkenntniß des K. Oberappellationsgerichts vom 11. Sept. 1819. Novellen zur G. O. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, Nr. 6 u. Rescript vom 20. April 1838.

**) Novellen zur G. O. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, N. 7.

***) A. Int. Bl. v. 1818, St. XXXIV, S. 725. — M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 158, f. Nr. 3 u. 7.

†) Ges. Bl. v. 1822, Nro. 3, S. 144. — M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 160 f. CX. — M. vergl. auch Nr. CXI. a. a .O.

††) M. alleg. Novellen-Samml. v. 1838, Th. I, S. 158 f., CIX,

Auf gleiche Weise ist die Competenz der Appellationsgerichte in den verschiedenen Kreisen für die gegen den Königlichen Fiscus in Betreff des gewöhnlichen Finanzdienstes erhobenen Klagen, lediglich eine Anwendung des nämlichen Princips, indem den Königlichen Kreisregierungen, Kammern der Finanzen, die Leitung der Finanzverwaltung in den Kreisen im Allgemeinen, die Aufsicht über den Staatsaufwand . . ., endlich die Leitung und Führung der fiscalischen Processe anvertraut ist.

Verordnung vom 17. December 1825 über die Formation, den Wirkungskreis und den Geschäftsgang der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen §§. 87 und 120*).

Verordnung vom 27. November 1825, die Auflösung des Generalfiscalats betreffend, §§. 4 und 6**).

Die Frage: welcher Gerichtshof competent sey, über die gegen den Königlichen Fiscus in Zollsachen erhobenen persönlichen Klagen zu erkennen? wurde von dem Königlichen Oberappellationsgerichte in früheren Fällen verschieden beantwortet, namentlich, liegen auch Entscheidungen vor, wonach das Appellationsgericht desjenigen Kreises, in welchem die, die Klage veranlassende Rechtsverletzung vorgefallen seyn soll, für zuständig erachtet wurde***). Da ein neuerlicher Rechtsfall zu der

---

5.—M. vgl. das OAG. Erkenntniß vom 29. Dec. 1821 in Sachen E. gegen den Militärfiscus wegen Pensionsforderung.

*) Reg. u. Int. Bl. v. 1825, Nr. 54, S. 1105 u. 1124 f. — Novellen zur Bayer. GO. neueste Ausgabe, Th. II, Cap. III, zu §. 6 (CLXXVI).

**) Alleg. Reg. u. Int. Bl. Nr. 49, S. 924 f., 926 f.—Novellen a. a. O.

***) Novellen zur GO. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 159, Note *).

Entscheidung dieser Frage führte: so wurde dieselbe in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 (die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse betreffend) dem Plenum des obersten Gerichtshofes zur Entscheidung vorgelegt.

Auch hier muß, in Anwendung der oben erörterten Grundsätze der Gerichtsstand des Königlichen Fiscus sich danach richten, welchen Behörden oder Beamten die Gesetze und organischen Einrichtungen diesen Theil der Staatsverwaltung, insbesondere die gerichtliche Vertretung des Staatsinteresse anvertraut haben.

Die äusseren Zollbehörden, die Ober- oder Hauptzollämter, die Oberinspectoren bey denselben, so wie die untergeordneten Aemter sind es nicht; denn dem Wirkungskreise derselben ist durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen, namentlich:

das Zollgesetz vom 22. July 1819, §. 11*),
die Verordnung vom 8. Februar 1829**), über die Competenz der Oberzollämter rc. rc.,
die Zollordnung von 1833, §§. 26, 31***) rc. und
die organischen Verordnungen vom 4. und 6. März 1834†) —

nur die Erhebung der Zollgefälle, und die Behandlung der Waaren zu diesem Behufe bey der Ein- und Ausfuhr und im Innern des Landes, die Controle und Aufsicht hierüber rc., in verschiedenen Abstufungen, und im weitern und engern Umfange zugewiesen.

---

*) Ges. Bl. v. 1819, St. IX, S. 106.

**) Reg. Bl. v. 1829, Nr. 7, S. 108 ff.

***) Reg. Bl. v. 1833, Nr. 43, S. 1077 ff.

†) Reg. Bl. v. 1834, Nr. 9, S. 177 ff. u. Nr. 10, S. 201 ff. M. vgl. die organ. Verordnung vom 7. u. 27. März 1834. a. a. O. S. 207 ff. und 353 ff.

Durch das Zollgesetz vom 22. July 1819, §. 75*), waren die Zoll- und Hallbeamten ermächtiget, in den Defraudationsfällen, welche sie an den ordentlichen Richter brachten, der Procedur in erster Instanz selbst beyzuwohnen, und das Interesse des Aerars zu vertreten, oder zu solchem Ende einen im Namen des Fiscus aufgestellten Kläger abzuordnen, und gegen die Urtheile der ersten Instanz Berufung einzulegen. Dieß beschränkte sich jedoch auf die Verfolgung der Zollstraffälle, welche damals in der Form des summarischen Civilprocesses behandelt wurden (§. 76**), und umfaßte keineswegs die Vertretung des Königlichen Fiscus in Betreff der — gegen denselben erhobenen Civilklagen. Jedenfalls sind die Folgerungen, welche in dieser Beziehung aus jener Bestimmung des Gesetzes von 1819 gezogen werden könnten, dadurch beseitiget, daß jene Bestimmung aufgehoben ist, indem das Zollgesetz vom 15. August 1828, §. 111***) verfügte, daß das Verfahren in Zollstrafsachen von Amtswegen im Untersuchungswege geführt werden soll; wobey auch die späteren Zollgesetze stehen geblieben sind. Zwar beließ auch dieses Gesetz den Zollbehörden eine Einschreitung in jenen Sachen. Es bestimmt §. 112†):

(vergl. §. 34††) des Zollstrafgesetzes vom 17. No-

*) Ges. Bl. v. 1819, St. IX, S. 137., — Novellen zur Ger. Ord. Bd. III, S. 66 f.

**) Ibid.

***) Ges. Bl. v. 1828, St. X, S. 229 f. — Novellen zur Ger. Ord. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 486 ff.

†) Ges. Bl. a. a. O. S. 230. — Novellen loc. cit. S. 490 f.

††) Ges. Bl. v. 1837, Nr. 11, S. 225 f. — Anhang zum I. Th. der Novellen zur Ger. Ord. neueste Ausg. v. 1838, Nr. XXVI, S. 191.

vember 1837) daß die Acten vor der Erlassung des Spruches zur Erinnerung, und nach gefälltem Spruche zur Bemessung des allenfalls einzuführenden Rechtsmittels den einschlägigen Fiscalen, oder den an ihre Stelle tretenden Beamten, zur Einsicht vorgelegt werden sollen, und dieses wurde durch die von dem Königlichen Ministerium der Finanzen am 14. December 1828*) erlassenen Vollzugsverordnung dahin näher bestimmt, daß die Bezirksinspectionen an deren Stelle später die Oberzollinspectoren getreten sind, jene Functionen in denjenigen Fällen ausüben sollen, wo kein Verbrechen oder Vergehen in Frage steht. —

Ein auf so genau bestimmte Grenzen beschränktes Mandat ist aber noch weniger, als die angeführte Bestimmung des Gesetzes von 1819, einer Ausdehnung auf ganz verschiedenartige Gegenstände fähig.

Eben so wenig ist die fragliche Vertretung den Königlichen Kreisfiscalen übertragen. Der Wirkungskreis dieser Beamten steht in dem innigsten Zusammenhange mit der Verwaltungssphäre der Königlichen Kreisregierungen, Kammern der Finanzen, unter deren Leitung sie stehen, indem sie gemäß der angeführten Verordnung vom 27. November 1825, §. 4**), keinen Rechtsstreit beginnen oder sich in einen solchen einlassen dürfen, ohne zuvor die Ermächtigung der Kreisregierung erhalten zu haben, welcher der Proceß- oder Exceptionsplan zur Ge-

---

*) Soll heissen 9. December 1828. — Mitgetheilt wurde diese Verfügung vom K. Justiz-Ministerium den Gerichten unterm 14. Dec. 1828. Novellen zur GO. neueste Ausgabe v. 1838 Th. I, S. 490, Note * 1.

**) Reg. u. Int. Bl. v. 1825, Nr. 49, S. 924 f. — Novellen zur Ger. Ord. neueste Ausg. Th. II, Cap. III, zu §. 6 (CLXXVI).

nehmigung vorgelegt werden muß, so wie sie ebenfalls dieser Genehmigung zur Abänderung oder Erweiterung des Proceßplanes im Laufe des Rechtsstreits, zur Appellationsschrift, zur Desistenz von der Appellation, zum Vergleiche rc. rc. bedürfen. Alles dieses paßt aber nur für Gegenstände, welche der Verfügung und Behandlung der Kreisregierungen, Kammern der Finanzen, anvertraut sind, und es wäre eine auffallende Anomalie, wenn diesen eine so wichtige Einwirkung hinsichtlich ganz fremdartiger, besondern Verwaltungsbehörden attribuirter Gegenstände zugewiesen wäre.

Das ganze Zollwesen ist aber von ihrem Wirkungskreise vollständig ausgeschieden, und wird von einer Hierarchie besonderer Behörden und Aemter, unter der Leitung der Königl. General-Zolladministration verwaltet.

Der Umstand, daß den Kreisfiscalen in gewissen Fällen, — wie oben erwähnt, — die Wahrung des Interesse der Zollverwaltung hinsichtlich des Vollzugs der Zollstrafgesetze anvertraut ist, berechtigt eben so wenig, als bey den äussern Zollbehörden, zur Annahme einer Vertretung in den gegen die Zolladministration erhobenen Civilprocessen.

Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Königliche Fiscus in der fraglichen Beziehung durch die Königliche General-Zolladministration repräsentirt sey. Diese Stelle wurde durch die Verordnung vom 16. September 1819*) der im Jahre 1807**) errichteten

---

*) A. Int. Bl. v. 1819, St. XLIV, S. 889 ff. — M. vgl. das Köngliche allerhöchste Rescr. vom 20. Jänner 1827, die Formation der General-Zolladministration betr. Reg. Bl. v. 1827, Nro. 5, S. 81. ff. — Novellen zur Ger. Ord. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 481.

**) durch K. allerh. Rescr. vom 2. Nov. 1807. Reg. Bl. v. 1807, St. LII, S. 1825 ff. — Novellen a. a. O.

General-Zoll- und Mauthdirection substituirt, und hiebey (§. 6) bestimmt: daß der Wirkungskreis derselben

„im Allgemeinen die Sorge für den genauen Vollzug der Gesetze, Verordnungen und Instructionen über die Erhebung und Verwaltung der Zollgefälle überhaupt, die Erhaltung des in ihrem Bereiche liegenden Finanzvermögens, die Anwendung alles dessen, was dem Staatsinteresse vortheilhaft seyn kann, und die pflichtmäßige Sorge für die Abwendung alles dessen, was diesem Interesse nachtheilig ist,"

umfasse. Unter diesen, in so großer Allgemeinheit bezeichneten Attributionen ist nothwendig auch die Vertheidigung des Staatsvermögens gegen die in Zollsachen gegen den Staat erhobenen Klagen begriffen, und dieses führt zu dem Resultate, daß nicht das Appellationsgericht des Kreises, worin der gegen die Zoll-Verwaltung erhobene Anspruch seinen Ursprung genommen hat, — sey es durch eine Handlung der Zollbehörden, und ihrer Beamten, oder durch eine Untersuchung wegen Zoll-Defraudation, — sondern ausschließlich das Königliche Appellationsgericht von Oberbayern den persönlichen Gerichtsstand des Königlichen Fiscus hinsichtlich der in Zollsachen zu erhebenden Klagen bildet.

München, den 19. December 1839.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Abwesenheit des K. Präsidenten:

Freyherr v. Freyberg, Director.

v. Sichlern, Secretär.

# V.
# Plenar-Beschluß
## vom 27. Februar 1840.

(Reg. Bl. v. 1840, Nro. 11, S. 213 — 219.)

„Die Vorschrift des §. 11 im sechsten constitu„tionellen Edicte vom 26. May 1818*), gemäß „welcher das Handlohn vom Werthe der Häuser, „wo es herkömmlich ist, nicht erhöht werden darf, „ist so zu verstehen, daß die zu erhebende Sum„me des Handlohns vom Werthe der Häuser, „wo es herkömmlich ist, nicht erhöht werden „darf**)."

Ueber den Sinn der Vorschrift des §. 11, des VI. Edictes zur Verfassungsurkunde: „auch darf das Handlohn vom Werthe der Häuser, wo es herkömmlich ist, nicht erhöht werden," hat der oberste Gerichtshof bereits ungleichförmige Erkenntnisse erlassen, indem einmal dieser Sinn dahin ausgelegt würde, daß nur der Handlohns-Maaßstab, das ist, die Handlohns-Procente oder Quote, nicht erhöht werden dürfe, in dem andern Falle aber die Auslegung dahin erfolgte, daß es untersagt sey, eine höhere Handlohnssumme zu erheben, wenn sich künftig bey einem zu erzielenden höhern Preise des handlohnbaren Hauses nach den hergebrachten Procenten ein höheres Handlohns-Quantum ergäbe. Diese letztere Auslegung, welche auch das Königl. Finanzministerium in

---

*) Ges. Bl. v. 1818, St. XIII, S. 224.

**) M. vgl. Bl. f. RA. Bd. V, S. 289 ff. u. Beyl. zu Nr. 19, dann S. 380.

seiner Entschliessung vom 4. September 1819*) — Geret. Verordnungen-Sammlung Band IX, S. 758 — hinsichtlich der Staatsgrundholden bereits zur Anwendung brachte, wurde nach gepflogener Plenar-Berathung als die richtige angenommen, aus folgenden

## Motiven.

1) Das Wort „Handlohn" bezeichnet in seinem gewöhnlichen gesetzlichen Sinne jene unständige Abgabe,

---

*) Diese Entschliessung lautet wörtlich, wie folgt:

Auf Befehl Seiner Majestät des Königs.

Was unterm Heutigen an die Königl. Regierung des Rezatkreises, Kammer der Finanzen, erlassen wurde, zeigt Folgendes zur Wissenschaft.

Derselben wird auf ihren Bericht vom 27. July d. J. zur Resolution ertheilt, daß nach dem Sinne der Verfassungs-Urkunde nicht nur kein höheres Procent, sondern auch kein höherer Betrag an Handlohn von Häusern erhoben werden darf, als in dem letzten Veränderungsfalle vor Publication der Verfassungs-Urkunde erhoben worden ist. Hiernach können sich dreyerley Fälle ereignen, indem der künftige neue Erwerbs- oder Schätzungspreis, jenem letzten Normalpreise gleich, oder höher oder niedriger ist.

ad. 1. Bewendet es bey dem Normal-Preise, welcher aus den Grundbüchern und Handlohns-Protokollen ersichtlich, auch als solcher genau einzutragen ist.

ad. 2. Wird das Handlohn nur nach jenem Normal-Preise berechnet.

ad. 3. Erfolgt die Erhebung nach der niedern Erwerbs- oder Schätzungs-Summe, jedoch so, daß der eigentliche Normal-Preis als Maximum für künftig mögliche Fälle bleibt, und das Handlohn, welches z. B. bey der Normal-Veränderung 60 fl., bey der neuesten nur 40 fl. betragen hatte, in einem abermaligen Falle wieder auf 60 fl. steigen kann, wenn es sich aus dem Erwerbs- oder Schätzungs-Preise für diesen Fall, auf diese Summe berechnet.

München, am 4. September 1819.

Auf Seiner Königlichen Majestät allerhöchsten Befehl.

An sämmtliche Königl. Regierungen (exclus. des Rheinkreises).

Handlohn von Häusern betr.

welche bey Veränderung des Besitzers eines erbrechtbaren Gutes nach einem bestimmten Verhältniße vom Werthe desselben an den Grundherrn vom Grundholden zu entrichten ist. In diesem Sinne erscheint das Wort „Handlohn" nicht nur in den Paragraphen 10 — 13 des sechsten Edictes, sondern auch in den §§. 73 — 78 des organischen Edictes über die gutsherrlichen Rechte vom 28. July 1808*), aus welchem erstere fast wörtlich entnommen sind.

Die Größe dieser Handlohnsleistung richtet sich in jedem einzelnen Falle theils nach dem Schätzungswerthe oder Erwerbspreise des handlohnbaren Gutes, theils nach der von diesem Werthe oder Preise in einem bestimmten Verhältnisse zu entrichtenden Quote; der Gutswerth oder Preis, seiner Natur nach veränderlich, und die Handlohns-Quote oder Procente, durch Gesetz, Vertrag oder Herkommen als bleibender Maaßstab für die Handlohnsberechnung bestimmt, bilden die beyden Factoren, von welchen in den einzelnen Fällen die Größe des Handlohns als das Product derselben abhängt; in demselben Maaße, als einer derselben vergrößert oder vermindert wird, erhöht oder mindert sich auch das zu entrichtende Handlohn. Das Verbot der Erhöhung des Handlohns im §. 11 ist daher nach dem Begriffe dieses Wortes von der jedesmaligen Handlohnssumme zu verstehen.

2) Die Handlohns-Erhöhung im Allgemeinen ist im §. 11 untersagt, ohne zu unterscheiden, ob sie auf diese oder jene Art, ob durch Vermehrung der Procente oder durch Vergrößerung des Häuserwerthes geschehen, und ob diese Werthserhöhung aus dem zufälligen Stei-

---

*) Reg. Bl. v. 1808, Bd. II, St. XLV, S. 1849 f.

gen des Preises oder aus dem verbesserten Bauzustande eines Hauses durch Erweiterung, Wiederherstellung oder Neubau ꝛc. hervorgehe. — Das Verbot der Erhöhung darf sohin nicht auf die Procente beschränkt werden, um so weniger, als die Worte „vom Werthe der Häuser“ zunächst auf die Deutung führen, daß die Erhöhung des Häuserwerthes oder Preises kein Grund seyn soll, ein von diesem größern Werthe erhöhtes Handlohn zu erheben.

3) Im §. 10 heißt es: „das Quantum (des einfachen oder doppelten Handlohns) richtet sich nach den Saal= und Lagerbüchern und nach den Local=Statuten.“ Hiedurch ist ausgesprochen, daß die zur Zeit gesetzlich bestehenden Handlohns=Procente das Handlohns=Quantum bestimmen sollen, also in Zukunft nicht erhöht werden dürfen, sondern als fixe Norm zur Berechnung des Handlohns fortzubestehen haben. Nach dieser allgemeinen Bestimmung war es ganz unnöthig, bezüglich des Handlohns von Häusern die Erhöhung der Procente im §. 11 noch besonders zu untersagen, da hiefür schon im §. 10 die nöthige Fürsorge getroffen war; das Verbot der Erhöhung im §. 11 ist daher lediglich auf die in concreten Fällen zu erhebende Handlohnssumme zu beziehen. Könnte aber obige Bestimmung des §. 10 je anders verstanden werden, so wäre es nicht wohl begreiflich, warum die Erhöhung der Handlohnsprocente nur speciell hinsichtlich der Häuser, und nicht auch bezüglich der Grundstücke, welche die ungleich größere Masse der handlohnbaren Realitäten ausmachen, untersagt wurde.

4) Sollte das Verbot im §. 11 sich auf die Handlohns=Quote beschränken, so wäre zuverläßig nicht das Wort „Handlohn“ gewählt worden, welches nicht nur überhaupt, sondern auch in dem Zusammenhange, in

welchem es in diesem und in den andern Paagraphen vorkommt, einen ganz andern Sinn hat.

5) Der Grund des Verbotes beruht unverkennbar auf der Eigenthümlichkeit des Handlohns von Häusern und in höhern Rücksichten auf Bevölkerung, Ackerbau und Industrie. Der Grundhold soll, wenn er sein Haus vergrößert, erweitert, durch einen Hauptbau verbessert, oder wieder aufbaut, oder statt des hölzernen ein ganz oder zum Theile gemauertes Haus, oder auf erbrechtbarem Grunde ein neues Haus erbaut, nicht in demselben Maaße, als sein Capitalaufwand steigt, oder der Werth des Hauses durch das Steigen des Preises der Baumaterialien oder des Arbeitslohnes und dergleichen sich erhöht, mit einer größern Handlohns-Prästation beschwert werden.

Diese Absicht hat die Staatsregierung, abgesehen von den Verordnungen, welche die Fixirung des Handlohns und die mögliche Beseitigung des grundherrlichen Verhältnisses überhaupt betreffen, insbesondere bereits in dem Rescripte vom 7. July 1789, das neue Forstsystem betreffend, — Mayr. General.-Sammlung Band V, Seite 201 —, bestimmt ausgesprochen, und hiemit stimmt auch die allerhöchste Entschliessung vom 29. November 1815*), das Laudemium von Gebäuden betref-

---

*) Diese Entschliessung ist folgenden Inhalts:

Im Namen Seiner Majestät des Königs. 2c.

Durch eine allerhöchste Entschliessung vom 29. v. Mts. ist in Betreff der Laudemien-Erhebung von Gebäuden Folgendes bestimmt worden:

1) Nach dem Bayerischen Civilcodex Th. IV, Cap. VII, §. 11, Nro. 3 im Zusammenhange mit dem §. 26, Nro. 26 und den Anmerkungen zu beyden Stellen, nehmen zwar die Gebäude auf einem grundbaren Gute die Eigenschaft als Meliorationen und Appertinenz-Stücke dieses Gutes an, und sind sonach mit demselben dem Laudemium unterworfen, allein dieser Grundsatz ist durch den §. 76 des or-

fend, — Geret. Verordnungen-Sammlung Bd. V, S. 44 überein, indem darin auf den Grund des organischen Edictes über die gutsherrlichen Rechte vom 28. July 1808. §. 76, — welcher dem §. 11 des VI. consti-

ganischen Edicts über die gutsherrlichen Rechte vom 28. July 1808 aus höhern, zum Besten der Population und Industrie gereichenden Absichten theils beschränkt, theils ganz aufgehoben worden, indem daselbst verordnet worden ist: „das Laudemium vom Werthe der Häu-„ser, wo es herkömmlich ist, darf nicht erhöht, wo es aber nicht her-„gebracht worden ist, darf es gar nicht angesetzt werden."

2) Aus dieser Bestimmung mit gleichzeitiger Rücksicht auf den §. 73 des nämlichen Edicts vom 28. July 1808 folgt:

a) auf Gutscomplexen, wo das Laudemium von Gebäuden nach den noch vor dem Jahre 1809 geltend gewesenen Gesetzen und Observanzen herkömmlich ist, darf solches nur nach dem bisherigen Betrage erhoben, folglich der allenfalls höhere Werth von wieder hergestellten, erweiterten, oder ganz neuen Gebäuden nicht eingerechnet werden;

b) auf Gutscomplexen, wo der Bezug der Laudemien von Gebäuden in dem so eben bemerkten Termine nicht hergebracht war, dürfen diese Laudemien weder von wieder hergestellten, noch von ganz neuen Gebäuden erhoben werden.

3) Die Billigkeit und Consequenz erfordert es, daß bey der Ablösung des Obereigenthums in dem unter Buchstaben a bemerkten Falle nur der bisherige Betrag der Laudemien von den Gebäuden, ohne Rücksicht auf den höhern Werth wieder hergestellter, erweiterter oder ganz neuer Gebäude, in die Ablösungs-Summe eingerechnet, hingegen in dem unter Buchstaben b bezeichneten Falle der Werth bestandener oder ganz neuer Gebäude ausser Ansatz belassen werden müsse, und zwar ohne Unterschied, ob der Grundhold, welcher die Gebäude errichtet hat, oder sein Successor die Ablösung nachsuche.

Welches den sämmtlichen Land-, Herrschafts- und Patrimonialgerichten, so wie Stiftungs- und Communaladministrationen des Rezatkreises zur geeigneten Kenntniß und Nachachtung hierdurch bekannt gemacht wird.

Ansbach am 27. December 1815.

Königl. General-Commissariat des Rezat-Kreises.

Die Laudemial-Erhebung von Gebäuden betr.

An sämmtliche Königliche Landgerichte des Rezat-Kreises.

tutionellen Edictes wörtlich gleich lautet, — zur Nachachtung erklärt ist, daß das Laudemium von Gebäuden, wo es herkömmlich ist, nur nach dem bisherigen Betrage erhoben, folglich der allenfalls höhere Werth von wieder hergestellten, erweiterten, oder ganz neuen Gebäuden nicht eingerechnet werden dürfe.

6) Unerheblich ist der Einwand, daß eine bloß zufällige Erhöhung des Handlohnsbetrages, welches sich nur aus dem gestiegenen Werthe des handlohnbaren Objectes ergibt, keine eigentliche Erhöhung der Handlohnsabgabe selbst sey; denn jede Zahlung einer größern Handlohnssumme ist für den Grundholden wie für den Grundherrn eine wirkliche relative Erhöhung der Handlohns-Prästation im Verhältnisse zu der im vorhergegangenen Handlohnsfalle entrichteten Summe. Abgesehen davon, daß das Steigen des Häuserwerthes weder bleibend, noch in der Regel bloß zufällig oder rein lucrativ genannt werden kann, würde dieser Einwand zu dem Satze führen, daß eine Handlohnserhöhung nur durch die Vermehrung der Procente geschehen könne; diesem Satze widerspricht aber die rechtliche Natur des Handlohns als einer unständigen Abgabe, welche nach dem veränderlichen Werthe des handlohnbaren Objectes fällt oder steigt. Diese veränderliche Erhöhung konnte daher allerdings Gegenstand eines gesetzlichen Verbotes seyn, und sie wurde auch, wie oben ausgeführt, im §. 11 des VI. Edictes bezüglich des Handlohns von Häusern speciell untersagt, während die Vermehrung der Procente überhaupt schon in den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen und im §. 10 des Edictes als unzulässig erklärt ist.

7) Will man aber den §. 11 dahin auslegen, daß er auch die vertragsmässige Erhöhung der Handlohnsprocente verbiete, so kommt dagegen zu erinnern, daß

dieses Verbot seinem Wesen nach bereits in den §§. 5 u. 10 des Edictes enthalten ist, daß eine solche Erhöhung auch ohne eine grundgesetzliche Bestimmung schon in dem eigenen Interesse der Grundholden die nöthige Beschänkung fände, und daß selbst bey dieser Auslegung noch immer kein Grund abzusehen ist, aus welchem jenes Verbot nur auf das Handlohn von Häusern beschränkt wurde. —

München, den 27. Februar 1840.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf v. Rechberg, Präsident.

---

# VI.

## Plenar-Beschluß

### vom 7. May 1840.

(Reg. Bl. v. 1840, Nro. 19, S. 332 — 336.)

---

„Hinsichtlich der formellen Gültigkeit eines „von Personen, die ihrer selbst mächtig sind, abgeschlossenen Eheverlöbnisses in den Gebietstheilen des vormaligen Fürstenthumes Ansbach, „in welchen die Eheartikel dieses Fürstenthumes „vom 21. Februar 1743*) mit Ausnahme der Artikel 2 und 15 gesetzliche Kraft haben, finden die „Bestimmungen des allgemeinen Preußischen Landrechtes Theil II, Titel I, §. 32 und 83 keine Anwendung."

*) Abgedruckt in Arnold's-Beyträgen zum teutschen Privatrechte, Th. 1, S. 66 — 76. M. vgl. Th. 2, S. 188 f. u. Bl. f. RA. Bd. IV, S. 24.

## Gründe.

I.

Im Artikel II des Patents über die Publication des allgemeinen Preußischen Landrechts für die Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth vom 29. Nov. 1795 ist verordnet: „es sollen in jedem dieser fränkischen Fürstenthümer die bisher bestandenen besonderen Provinzialgesetze, Statuten und hergebrachten Gewohnheiten vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten, dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und nur erst in deren Ermanglung nach den Vorschriften des allgemeinen Preußischen Landrechtes beurtheilt und entschieden werden sollen."

In Gemäßheit dieser Verordnung bleibt demnach das allgemeine Preußische Landrecht als subsidiäres Gesetz bey jeder Rechtsfrage, über welche ein Provincialgesetz der Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth eine Bestimmung schon enthält, außer Anwendung, es mag dieselbe nun die äußere Form oder die inneren Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes betreffen.

II.

In Ansehung der Eheverlöbnisse von Personen, die ihrer selbst mächtig sind, ist nun die Form, unter welcher diese Verträge gültig abgeschloßen werden können, in dem Artikel 7 der Ansbacher Eheartikel vom 21. Februar 1743 bereits festgesetzt; denn

a) der siebente Eheartikel verordnet:

„es sollen diejenigen, die ihrer selbst mächtig sind, sie seyen ledig, Wittwer oder Wittwen, sich mit Niemand im Winkel oder heimlich, noch betrüglich, in Rockenstuben oder auf der Fensterung, an Kirchweihen, am Tanz oder sonst verloben, sondern wenn keine Eltern oder Verwandte mehr am Leben sind,

jedesmal auf das wenigste zwey ehrliche Personen, als ordentliche Zeugen, dazu beygezogen werden."

b) In dieser Bestimmung ist auch die Form des Eheverlöbnißvertrages solcher dispositionsfähiger Personen vorgeschrieben; denn die innere Wesenheit eines Eheverlöbnisses besteht lediglich in der Uebereinstimmung des Willens der Brautleute, sich ehelichen zu wollen. Ihr gegenseitig gegebenes und angenommenes Versprechen der Ehe ist die innere Wesenheit des Vertrages, wogegen die Vorschriften, welche die Beyziehung von Zeugen, oder die gerichtliche oder außergerichtliche Niederschreibung des Vertrages anordnen, nur dessen Form festsetzen, weil sie hiedurch bestimmen, auf welche Weise die innere Willenshandlung äußerlich hervortreten soll, wenn sie gültig seyn will.

Hat nun der siebente Eheartikel hinsichtlich der Eheverlöbnisse von Personen, die ihrer selbst mächtig sind, nur die Zuziehung von wenigstens zwey Zeugen angeordnet, so kann diese Bestimmung auch nur als eine die Form des Vertrages feststellende Vorschrift angesehen werden. Nicht die Einwilligung dieser Zeugen in das gegenseitige Eheversprechen der Brautleute, sondern nur deren Gegenwart ist vorgeschrieben, damit auch Personen, die ihrer selbst mächtig sind, nicht heimlich, nicht leichtsinnig und übereilt, sondern unter Beyrath ehrlicher Zeugen mit Bedächtlichkeit sich verloben.

Wenn nun im Artikel 7 der Ansbacher Eheartikel, somit in einem Provincialgesetze, die Form, unter welcher Eheverlöbnisse von Personen, die ihrer selbst mächtig sind, gültig abgeschlossen werden können, schon vorgeschrieben ist, und in demselben weder eine gerichtliche Niederschreibung, noch sonst eine andere Solennität als

die Zuziehung von zwey Zeugen angeordnet wird, so können die Bestimmungen des subsidiären Preußischen Landrechts Theil II, Tit. 1, §. 82 und 83, gemäß welchen Eheverlöbnisse nur dann ein Klagerecht begründen, wenn sie entweder gerichtlich, oder vor einem Justizcommissär und Notar, oder vor Schulzen und Schöppen geschlossen und niedergeschrieben werden, in den Gebietstheilen der vormaligen Provinz Ansbach keine Anwendung finden.

In Gemäßheit des Gesetzes vom 17. Nov. 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse betr., mußte deßhalb, wie geschehen, beschlossen werden.

München, den 7. May 1840.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

---

# VII.

## Plenar-Beschluß

vom 14. May 1840.

(Reg. Bl. von 1840, Nro. 19, S. 336 — 348.)

„Durch unvordenkliche Verjährung kann das „Streurecht in den Staatswaldungen nach den in der „Oberpfalz geltenden Gesetzen erworben werden."

## Motive.

Die Rechtsfrage, „ob das Streurecht in den Staatswaldungen nach den in der Oberpfalz geltenden Gesetzen auch durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könne," wurde nach Art. 1 des Gesetzes vom 17. November 1837,

die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, in einer Plenarversammlung des Königl. Oberappellationsgerichtes berathen, und aus folgenden Gründen bejahend entschieden:

1) Nach Theil II, Cap. 7, §. 3 und 5, dann Cap. 8, §. 15, in Verbindung mit Cap. 4, §. 3 des Bayerischen Landrechtes vom Jahre 1756 können alle Dienstbarkeiten mit öfters unterbrochenem Gebrauche — (servitutes discontinuae), — sohin auch das zu diesen Servituten gehörige Streurecht in den Waldungen durch unvordenkliche Verjährung erworben werden.

2) Diese Erwerbsart genannter Forstservitut ist durch kein in der Oberpfalz gültiges Gesetz aufgehoben; insbesondere nicht durch das ältere, oberpfälzische Landrecht vom Jahre 1657, welches ohnehin durch das nach dem Publications-Patente vom 2. Jänner 1756, Absatz 2 auch in der Oberpfalz eingeführte Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 derogirt wurde, — übrigens im Theil I, Titel 22 gleichfalls die Verjährung als eine gesetzliche Erwerbungsart der Dienstbarkeiten enthält; — und eben so wenig

3) durch die oberpfälzische Forstordnung vom Jahre 1659, in welcher keine privatrechtliche Bestimmung über die Erwerbung oder Erlöschung von Forstservituten enthalten, wohl aber im Theil I, Art. 3, 4, 28 und 30, — Theil II, Art. 12 und Theil III, Artikel 13 ꝛc. hinsichtlich der Holz- und Weiderechte, welche, wie diese Forstordnung sich ausdrückt, von Alters hergebracht, und so lange, als zu Recht genug ist, ersessen sind, deren Fortbestand ausgesprochen, und im Theil I, Art. 34 festgesetzt ist, daß in den Reishölzern, und in den hohen gewachsenen Nadelhölzern das Laub- und

Streurechen, wo solches ohne Verletzung des Holzes und der jungen Schüsse ausgeübt werden kann, von den Beamten und Forstleuten bis auf andere Verordnung zugelassen werden dürfe.

Durch den Ausdruck „bis auf andere Verordnung" — (es mag darunter verstanden werden, daß den Beamten und Forstleuten die denselben in diesem Punkte eingeräumte Befugniß der Gestattung jenes Streubezuges nur bis zu einer weitern Verordnung ertheilt, oder daß der Streubezug selbst widerruflich seyn soll,) — ist weder die Fortdauer schon vor dem Jahre 1659 bestandener Streurechte, indem diese durch jene Forstordnung nicht aufgehoben wurden, noch die Erwerbung neuer solcher Rechte durch Vertrag oder besondere Verleihung, welche dem Landesherrn jeder Zeit freygestanden ist, noch auch die Erwerbung dieser Rechte durch unvordenkliche Verjährung ausgeschlossen; — letztere nicht, weil diese Erwerbungsart in keinem für die Oberpfalz erlassenen besondern Gesetze für rechtsungültig, vielmehr in dem auch dort geltenden Bayerischen Landrechte vom Jahre 1756 als gesetzlich zuläßig erklärt ist, und weil die unvordenkliche Verjährung nach Cod. civ. bav. P. II, Cap. 4, §. 9, not. 4, dann §. 12 et in notis, vim tituli, privilegii aut concessionis specialis hat, sohin an die Stelle der besondern landesherrlichen Verleihung ꝛc. tritt, — auch ihrer rechtlichen Natur nach voraussetzt, daß der Anfang und Ursprung des ihr zum Grunde liegenden Besitzstandes nicht mehr erforscht werden könne, — so daß bey dem Daseyn derselben überhaupt nicht mehr behauptet werden kann, daß diese Verjährung erst nach dem Erscheinen der Oberpfälzischen Forstordnung vom Jahre 1659 angefangen habe,

oder daß das durch dieselbe nachgewiesene Streurecht nicht wenigstens durch eine erst nach dem Jahre 1659 erfolgte, besondere landesherrliche Verleihung oder durch Vertrag :c. erlangt worden sey.

4) Auch andere Verordnungen und Culturmandate haben die Erwerbungsart des Streurechtes in den Staatswaldungen durch unvordenkliche Verjährung nicht aufgehoben; denn

a) die Culturmandate vom 30. July 1723, 26. May 1775, und 10. November 1790 (vid. die Generalien-Sammlung von 1771, S. 429 und die Mayr'sche Generalien-Sammlung von 1784, Bd. II, S. 907 und von 1799, Bd. VI., S. 204*), — welche die Verjährung mit Einschluß der unvordenklichen als Erwerbungsart des Weiderechtes und anderer Dienstbarkeiten ausschließen, — betreffen nur das Weide- und andere Nutzungsrecht auf öde liegenden und unfruchtbaren Gründen, und sprechen von der Cultivirung dieser Gründe und von deren Umschaffung in Aecker, Wiesen oder Waldungen, — finden daher auf das Recht zum Streubezuge aus Staatswaldungen, als bereits cultivirten Gründen, keine Anwendung.

Wenn auch der dritte Absatz der Verordnung vom 30. July 1723 von Waiseläckern, Haiden, Mösern, Gehölzen :c. spricht, so ergibt sich doch aus dem ganzen Zusammenhange derselben in Vergleichung mit dem Inhalte der Verordnungen vom 26. May 1775 und 10. Nov. 1790; dann des Culturmandates vom 24. März 1762 :c. — (vid. die Generalien-Sammlung von 1771 S.

*) M. vgl. Novellen zum Bayer. Landrechte S. 238 ff.

453 und folgende), — daß hier unter Gehölz nicht schon cultivirte Waldungen, sondern nur solche mit jungem Holzanfluge, Gesträuche und Staudenwerk bewachsene Gründe verstanden seyen, welche mit den öde liegenden Gründen noch auf gleicher Stufe der Unfruchtbarkeit stehen, und erst durch deren Umschaffung in Aecker, Wiesen oder Waldungen urbar gemacht und cultivirt werden sollen.

Durch diese drey Verordnungen ist also die unvordenkliche Verjährung als Erwerbungsart des Streurechtes in den Staatswaldungen so wenig ausgeschlossen, als

b) durch das oberpfälzische Waldzinsregulativ vom Jahre 1762, wonach den Unterthanen das Streurechen nur aus Gnade und auf Widerruf bewilliget werden soll; denn diese ohnehin nur administrative, sohin für das Rechtsverhältniß nicht entscheidende Verfügung enthält über die Zu- oder Unzuläßigkeit der unvordenklichen Verjährung als Erwerbungsart des Streurechtes keine besondere Bestimmung.

Dagegen gestatten

c) die Verordnungen vom 27. Juny 1730 §. 7, vom 26. April 1763 und 1. August 1778 — (vid. Mayr'sche Generalien-Sammlung von 1784, Bd. I, S. 109 und Bd. II, S. 792, dann von 1788, Bd. IV, S. 977), unter Beziehung auf die alte Bayerische Forstordnung vom Jahre 1616 §. 18 das Streurechen in den Waldungen, dem alten Herkommen nach, gegen oder ohne Entgeld — noch fernerhin jenen Unterthanen, welche den Orten eingeforstet sind, oder von Alters

her in den Waldungen zum Streurechen ein Recht haben, und lassen hiernach unverkennbar auch die unvordenkliche Verjährung als eine rechtsgültige Erwerbungsart rücksichtlich des Streurechens in den Waldungen zu, welche auch durch die Verordnung vom 16. März 1793 — (vid. Mayr'sche Generalien=Sammlung von 1797, Bd. V, S. 265) nicht ausgeschlossen worden ist, da diese in §. 7 hinsichtlich des Streurechens es bey dem Mandate vom 26. April 1763 beläßt, und da durch den hierin vorkommenden Beysatz, — „daß jene, welche die Streu unentgeldlich zu fordern ein Recht zu haben glauben, vorgemerkt werden sollen, bis nach näherer Einsicht die bestimmtere Entschliessung gefaßt werden könne," — noch kein rechtlicher Anspruch (dieser sey auf unvordenkliche Verjährung oder auf einen andern Rechtstitel gegründet), abgewiesen erscheint.

Ebenso bestimmt

d) die nur die Oberpfalz betreffende Verordnung vom 25. Juny 1796 (vid. Mayr'sche Generalien=Sammlung von 1797, Bd. V, S. 856), welche die Errichtung der oberpfälzischen Hofkammer, und eine Instruction für die dortigen Forstbeamten enthält, nichts, wodurch Weidenschaften und Streurechen, — durch unvordenkliche Verjährung erworben, ausgeschlossen würden, läßt vielmehr diese Rechte selbst zu, und bezweckt nur die Abwendung des Mißbrauches beym Streurechen 2c., — und das gleichfalls nur die Oberpfalz betreffende Ausschreiben des General=Landes=Commissariates der obern Pfalz vom 17. Jänner 1805 (vid. oberpfälzisches Regierungs=Blatt vom Jahre 1805, S. 81) — gestattet sogar

ausdrücklich die unvordenkliche Verjährung als rechtliche Erwerbungsart des Streurechtes in den Staatswaldungen, und beurkundet sonach, obgleich sie nicht von der K. Staatsregierung selbst erlassen wurde, also keine Gesetzeskraft hat, doch, daß auch die vorerwähnte Königliche Administrativstelle die rechtliche Ueberzeugung hatte, daß in der Oberpfalz das Streurecht in den Staatswaldungen auch durch die unvordenkliche Verjährung rechtsgültig erworben werden könnte.

e) Die Verordnung vom 18. Jänner 1805 (vid. Bayerisches Regierungsblatt vom Jahre 1805, S. 129*) betrifft die Ablösung der Forst-Servituten, und deren gänzliche Entfernung aus den Staatswaldungen, in so weit sie diesen schädlich sind, und deren Cultur hemmen, — enthält nur Vorschriften für die Cultur-Instanzen zur Entscheidung der Streitigkeiten über die Ablösung dieser Servituten, dann ob, wie und nach welchem Maaßstabe die Servitut-Berechtigten entschädigt werden sollen, aber keine Entscheidungs-Norm für die Gerichtsstellen über das jus servitutis vel foresti, nämlich über die Frage, ob eine Forstservitut zu Recht bestehe und auf eine rechtsgültige Weise erworben worden sey, — berührt also die Frage gar nicht, ob das Streurecht in den Staatswaldungen durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könne, oder nicht. Insbesondere bestimmt auch der §. 5 dieser Verordnung nur, ob und in wie ferne für Weide- und Streurechte bey ihrer gänzlichen Entfernung aus den Waldungen Entschädigung an die Be-

*) Novellen zum Bayer. Landrechte S. 244 ff. Nr. 2.

rechtigten zu leisten sey. Die hierin enthaltene Bezugnahme auf das schon oben zu a erwähnte Mandat vom 26. May 1775 ist daher auch für die in Frage stehende Rechtsfrage ohne Relevanz.

f) Die Verordnung vom 26. Februar 1808 (vid. K. B. Regierungsblatt vom Jahre 1808, S. 602 *), die Weide- und Streu-Servituten in den Staats-Waldungen betreffend, bezieht sich zwar in der hierin vorausgeschickten historischen Darstellung der ältern gesetzlichen Bestimmungen auch auf die Culturmandate vom 30. July 1723 und 26. May 1775, welche nach der Erörterung zu a auf die Eingangs erwähnte Rechtsfrage keine Anwendung finden, enthält aber in ihrem dispositiven Theile keine Bestimmung darüber, daß das Streurecht in den Staatswaldungen durch unvordenkliche Verjährung rechtlich nicht erworben werden könne, und auf den Grund dieses Erwerbstitels ein Anspruch auf Entschädigung nicht statt habe; setzt übrigens in §. 3 fest, daß für die auf Saalbüchern und bewährten Ankunftstiteln beruhenden Weidegenüsse bey der Purification der Waldungen unweigerlich Entschädigung zu leisten sey. Letzteres muß auch auf die Streurechte Bezug haben, weil die Verordnung die Weide- und Streu-Servituten in den Staatswaldungen betrifft, und im §. 2 auch von der Weide- und Streu-Abgabe, in so ferne sie unschädlich stattfinden kann, die Rede ist. Zu jenen bewährten Ankunftstiteln gehört aber unstreitig die unvor-

*) Novellen zum Bayer. Landrechte S. 250 ff. Nr. 7.

denkliche Verjährung, da sie sogar an die Stelle besonderer landesherrlicher Verleihung ꝛc. tritt, und selbst unter einem Generalverbote der Verjährung, in so ferne in dem Gesetze von der Immemorial-Präscription nicht ausdrückliche Meldung geschieht, nie mitverstanden wird, nach Cod. civ. bav. P. II, cap. 4, §. 9, not. 4.

g) Die Verordnung vom 15. März 1808 (vid. das K. Bayer. Regierungsblatt vom Jahre 1808, S. 677*), welche einige Culturverordnungen, und vorzüglich die vom 18. Jänner 1805 erläutert, bestimmt im §. 4, daß auch in den Privatwaldungen schädliche Weiden und andere schädliche Dienstbarkeiten, ohne Unterschied des Titels und ohne Entschädigung, weichen müssen; unschädliche Weiden und andere unschädliche Dienstbarkeiten aber zwar von dem Waldeigenthümer ebenfalls entfernt werden können, daß derselbe jedoch hiefür den Servitut-Berechtigten ohne Rücksicht auf den Titel, in so ferne derselbe nur rechtliche Gültigkeit hat, eine billige, dem Verluste angemessene Entschädigung leisten müsse. Durch diese Erläuterung ist die Unzulässigkeit des Rechtstitels der Verjährung gänzlich beseitiget, und jeder Unterschied des Titels der Erwerbung seiner rechtlichen Wirkung nach aufgehoben, und zwar in Folge des Bindewortes „auch" nicht bloß in Bezug auf die Privat-Waldungen, sondern auch in Ansehung der im nämlichen §. 4 miterwähnten Staatswaldungen, für welche in Uebereinstimmung mit der hiebey

*) Novellen zum Bayer. Landrechte S. 217 ff.

allegirten Verordnung vom 26. Februar 1808 dieselben Grundsätze gelten sollen.

München, den 14. May 1840.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

---

# VIII.

## Plenar-Beschluß

vom 14. Januar 1841.

(Reg. Bl. v. 1841, Nro. 6, S. 111 — 117.)

„Die Bestimmung der Gerichtsordnung Cap. „XIII, §. 2, Nro. 7 findet auf jüdische Glaubens-„genossen in ihren Rechtsstreiten gegen Christen „keine Anwendung *)."

Die Frage, ob die erwähnte Stelle der Gerichts-Ordnung, welche dahin lautet:

---

*) M. f. Bl. f. RA. Bd. VI, S. 81 ff., woselbst dargethan wird, daß man durch das argumentum a contrario auf den Gedanken komme: in Processen von Juden gegen Juden sey nach der Ansicht des OAG. die Anwendung der fraglichen Stelle der GO. nicht ausgeschlossen; bezüglich eines Processes gegen Glaubensgenossen könne der Jude „christlich sterben". — Auch wird diesem Plenarbeschluße zum Vorwurfe gemacht, daß eine Entscheidung über die Frage nicht gegeben wurde, was Rechtens sey, wenn ein Jude vor Leistung des angebotenen Eides stirbt. — Uebrigens vergl. m. Bd. V, S. 289 ff. u. Beyl. zu Nr. 19. dann S. 380, ferner Bd. II, S. 301 ff. der alleg. Blätter. — In den letztern ist die Ansicht entwickelt, daß statt des verstorbenen Juden dessen Erben sich der Eidesleistung zu unterziehen haben werden, und zwar nach Umständen in der Wahrheitsform, ausserdem aber in der Credulitätsform.

„Begiebt sich, daß derjenige, welcher sich zum
„Eide schon gerichtlich erboten hat, vor der
„wirklichen Eidesleistung christlich stirbt,
„ohne daß er seines Orts je mit dem Schwure
„säumig gewesen, oder seines geführten
„Lebenswandels und sonst ein erhebliches Be=
„denken auf sich gehabt hat, so wird der Tod
„statt des Juraments, mithin der Eid pro
„praestito gehalten;"

auf die jüdischen Glaubensgenossen Anwendung finde, wurde in Rechtsstreiten der Letzteren gegen Christen deßhalb verschieden beantwortet, weil den Worten: „christlich sterben" ein verschiedener Sinn unterstellt wurde. Es kam daher die Sache gemäß Art. II des Gesetzes vom 17. November 1837, Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes betr., zur Plenarberathung desselben, in Folge deren sie durch den obigen Beschluß aus folgenden

## Motiven

ihre Erledigung fand.

1) Die Worte des Gesetzes: „christlich sterben" können schon in grammatischer Beziehung nur von einem Bekenner der christlichen Religion verstanden werden. Es ist dieß der Fall, es mag diesen Worten ein positiver oder negativer Sinn beygelegt werden. Geschieht Ersteres, so setzt das christlich Sterben eine den Vorschriften der christlichen Religion entsprechende Vorbereitung zum Tode voraus, kann sofort nur bezüglich auf einen Bekenner der christlichen Religion gedacht werden.

Wird der Ausdruck: „christlich sterben" im negativen Sinne aufgefaßt, sofort es für hinreichend gehalten, wenn nur der Tod nicht auf eine wirklich unchristliche Weise erfolgte, so wird

das Christseyn vom Gesetzgeber offenbar vorausgesetzt, und hierin die Bürgschaft gesucht, daß der Eid, wenn er nicht mit gutem Gewissen hätte abgeleistet werden können, in dem so wichtigen Zeitmomente zurückgenommen worden seyn würde. — Die Worte: „christlich sterben" in einem weitern Sinne, und insbesondere mit: „gottesfürchtig, sittlich, fromm sterben" für gleich bedeutend annehmen, würde

2) sich mit der Gliederung des im Gesetze enthaltenen Gedankens überhaupt nicht vertragen. — Es wird nämlich, um an die Stelle der Nicht-Eidesableistung die Rechtsfiction der stattgehabten Leistung treten lassen zu können, außer dem „christlich sterben" insbesondere auch noch vorausgesetzt, daß weder hinsichtlich des geführten Lebenswandels, noch sonst ein erhebliches Bedenken obwalte.

Wollten die Worte „christlich sterben" in dem vorberührten ausgedehntern Sinne genommen werden, so würden sie nur eine Wiederholung der ebengedachten anderweiten Bestimmung des Gesetzes enthalten. Während der Gesetzgeber einen vorausgegangenen guten Lebenswandel fordert, spricht er zum Schlusse von einem „christlich sterben."

Hiedurch ist der nur auf den Christen als solchen bezügliche Sinn der fraglichen Worte um so unzweifelhafter ausgesprochen, als von dem Gesetzgeber so wenig anzunehmen ist, daß er ein Wort unnützer Weise gebraucht, noch daß er demselben einen andern — als den durch die Grammatik bestimmten — Sinn unterstellt habe.

3) Wird auf das historische Element zurückgegangen, so findet die fragliche Auslegung auch hierin ihre Bestätigung. Zur Zeit der Erscheinung des Cod.

jur. bav. judic. — im Jahre 1753 — waren bekanntlich die jüdischen Glaubensgenossen eine in den Rechten äußerst beschränkte Einwohnerclasse, welche auch in civilrechtlicher Beziehung den Christen nicht nur nicht gleich, sondern theilweise sehr schroff entgegengestellt war. — Unter den mehrfachen Beyspielen mögen als Belege hiefür dienen: Num. 5, §. 11, Cap. X,— Num. 8, §. 3, Cap. XIII der Gerichtsordnung — resp. Anmerk. ad loc. dict. —

Der Gesetzgeber, dessen Sprache nur nach seiner Zeit aufgefaßt und beurtheilt werden darf, hat sich sohin der Worte: „christlich sterben" doch nur bezüglich auf Christen bedienen wollen.

Die der extensiven Auslegung des Gesetzes zu Grunde gelegten Rücksichten der Humanität können wohl dem künftigen Gesetzgeber, nicht aber dem unter dem Gesetze stehenden, und nur zu dessen Anwendung berufenen Richter zum Maaßstab dienen. — Im Jahre 1753, — wo der Gesetzgeber sprach, war die Grenze zwischen den christlichen und jüdischen Glaubensgenossen noch viel zu schroff gezogen, als daß sich annehmen ließe:

„die Worte „christlich sterben" seyen auch „von einem Nichtchristen, seyen insbesondere auch „von einem jüdischen Glaubensgenossen zu ver„stehen."

4) Diesem Allen entspricht auch, wenn die fragliche Gesetzes-Bestimmung nach dem systematischen Elemente der Auslegung in ihrem Verhältnisse zum Ganzen aufgefaßt wird.

Der Eid ist nämlich in seiner Wirkung der Regel nach durch den Act der wirklichen Ableistung bedingt. So wie sich die Folge des Zeugenbeweises erst an die wirkliche Abhörung des Zeugen, und

die der Urkunden-Probe an die wirkliche Vorlage der Urkunde knüpft, so ist dieses auch bey dem Eide der Fall. — Wenn nun, wie dieß Num. 7, §. 2, Cap. XIII der Gerichtsordnung ausspricht, die fragliche Folge ohne vorausgegangene wirkliche Eidesleistung eintreten soll, so geschieht dieses nur gemäß einer Rechtsfiction. Die im Gesetze gemachten Voraussetzungen, unter welchen das christliche Versterben den Schlußstein bildet, lassen den Gesetzgeber annehmen, daß, wenn nicht der Tod erfolgt wäre, der Eid zur Steuer des Rechts und der Wahrheit wirklich abgeleistet worden seyn würde.

Eben weil diese Fiction bezüglich auf Gewißheit dem Momente der Wirklichkeit nicht gleich ist, überläßt es der Gesetzgeber dem Richter, nach Gestalt der Umstände — bey sich ergebenden Bedenken die Erben des Verstorbenen noch zu dem Credulitäts-Eide anzuhalten.

Es erscheint sofort die Bestimmung Num. 7, §. 2, Cap. XIII der Gerichtsordnung als ein singuläres Gesetz, als eine wirkliche, streng zu interpretirende Ausnahme von der Regel.

In Gemäßheit dieser Erörterung kann der fraglichen Gesetzesbestimmung nur der gedachte Sinn unterstellt werden, und da diese Bestimmung auch durch spätere Gesetze — insbesondere durch das Edict vom 10. Juny 1813 *), — die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen im Königreiche Bayern betr., — sowie durch die Verfassungs-Urkunde vom 26. May 1818 **) — nicht aufgehoben ist, vielmehr in ersterer Beziehung

---

*) Reg. Bl. v. 1813, St. XXXIX, S. 923 f. u. 930 f.
**) Ges. Bl. v. 1818, St. VII, S. 117.

§§. 12 u. 30, und in letzterer Hinsicht Tit. IV, §. 9, Abs. 3 das Gegentheil darthun, so kann auch nur bey dem dermalen noch bestehenden Gesetze Num. 7, §. 2, Cap. XIII der Gerichtsordnung, resp. dem in solchem liegenden — bisher dargestellten — Sinne stehen geblieben werden.

München, den 14. Januar 1841.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bey Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

Zaupser, Secretär.

---

# IX.

## Plenar-Beschluß

vom 18. Januar 1841.

(Reg. Bl. v. 1841, Nro. 6, S. 117 — 120.)

---

„Die provocatio ex lege diffamari ist nach „der Bayerischen Gerichts-Ordnung Cap. IV, §. 5 „auch dann zulässig, wenn dem Provocanten „eine Klage in der Hauptsache zusteht."

### Motive.

Die Rechtsfrage: „ob die provocatio ex lege diffamari nach der Bayerischen Gerichts-Ordnung Cap. IV, §. 5*) auch dann zulässig sey, wenn dem Provocanten

---

*) M. vgl. Bl. f. RA. Bd. I, S. 80, 105, 124. — Bd. II, S. 5, 54, 152, 194, 224. — Bd. III, S. 145. — Bd. IV, S. 28. — Bd. V, S. 142, 239, 251, 270, 285, 364, 365, 368. — Bd. VI, S. 112, 282, 384. — Bd. VII, S. 49, 91, Nr. 4, 206, Nr. 2, 304, Nr. 9, 409, 411, Nro. 4. — Seuffert Comm. über die GO. Bd. I, S. 185 ff. u. Bd. II, S. 125 ff.

eine Klage in der Hauptsache zusteht," wurde, — nachdem die Voraussetzungen des Art. I des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, gegeben waren, — in einer Plenar-Versammlung des Königlichen Oberappellationsgerichts berathen, und aus folgenden Gründen bejahend entschieden:

1) Es ist zwar nach der Gerichtsordnung Cap. IV, §. 4 die Regel, daß Niemand zur Klage gezwungen werden kann, allein nach derselben Gesetzesstelle erleidet diese Regel dann eine Ausnahme, wenn Jemand ex lege diffamari rechtlich zum Klagen aufgefordert wird.

2) Das Recht, Jemand ex lege diffamari zum Klagen aufzufordern, hat aber die Gerichts-Ordnung nach den hierüber im Cap. IV, §. 5 gegebenen Normen nicht davon abhängig gemacht, daß dem Diffamaten nicht selbst eine Klage in der Hauptsache zu Gebote stehe. Die Bestimmungen der Gerichts-Ordnung sprechen vielmehr gegen die subsidiäre Eigenschaft des Rechtsmittels der Aufforderung zum Klagen ex lege diffamari.

3) Nach Cap. IV, §. 5, Nr. 3 findet nämlich diese Provocation überall statt, wo eine Diffamation geschehen, wo — wie das Gesetz sich ausdrückt — der Provocant von seinem Gegner mit Wort oder Werk entweder an seiner Ehre oder an Gütern, Rechten und Gerechtigkeiten auf nachtheilige Weise angegriffen worden ist.

4) Im Cap. IV, §. 5, Nr. 6 nimmt das Gesetz nur einen einzigen Fall aus, in welchem dennoch der Diffamant ex lege diffamari zur Klage in der Hauptsache nicht soll aufgefordert werden können,

nämlich: dafern er sich im wirklichen Besitze des angerühmten Rechts befindet.

5) Nach dem Grundsatze: die Ausnahme bestärkt die Regel, ist aber schon dadurch, daß das Gesetz nur in einem einzigen Falle — des Vorhandenseyns einer Diffamation ungeachtet — die Zulässigkeit dieser Provocation ausschließt, deren Zulässigkeit in allen andern Fällen bestätigt.

6) Die Gerichts-Ordnung spricht sich aber gegen die bloß subsidiäre Zulässigkeit dieser Provocation noch insbesondere dadurch aus, daß, — entsprechend der Bestimmung im Cap. IV, §. 5 Nr. 6, wonach nur gegen den Besitzer diese Provocation ausgeschlossen ist — im Cap. III, §. 4, Nr. 20 und §. 5, Nr. 16 dem im Besitze Geschützten stets das Recht eingeräumt wird, den Diffamanten zum Klagen aufzufordern, während bey Servituten und Realrechten dem Besitzer auch eine Klage in der Hauptsache zu Gebote steht.

7) Nach der Bayerischen Gerichts-Ordnung erleidet also die Zuläßigkeit einer sonst begründeten Provocation in Fällen, wo dem Diffamaten eine Klage in der Hauptsache zusteht, keine Beschränkung, und es ist daher in solchen Fällen der freyen Wahl desselben überlassen, ob er sich des Rechtsmittels der Provocation bedienen, oder als Kläger in der Hauptsache auftreten wolle.

München, den 18. Januar 1841.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bey Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

Nickels, Secretär.

---

# X.
# Plenar-Beschluß
## vom 4. März 1841.

(Reg. Bl. von 1841, Nro. 10. S. 181 — 185.)

„Bey den gemäß §. 30 des Finanzgesetzes vom „28. December 1831 zur Anmeldung bey dem Kö„niglichen Finanz-Ministerium geeigneten, und „daselbst angemeldeten Forderungen ist die ge„richtliche Verfolgung des Anspruchs durch die „Beobachtung der Vorschrift des §. 9 der Proceß„Novelle vom 22. July 1819 nicht bedingt."

## Motive.

Die Rechtsfrage, ob bey den gemäß §. 30 des Finanzgesetzes vom 28. December 1831 *) zur Anmeldung bey dem K. Finanzministerium geeigneten, und daselbst angemeldeten Forderungen die gerichtliche Verfolgung des Anspruchs durch die Beobachtung der Vorschrift des §. 9 der Proceßnovelle vom 22. July 1819 **) bedingt sey, wurde, nachdem die Voraussetzungen des Artikels I des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, gegeben waren, in einer Plenarversammlung des Königlichen Oberappellations-Gerichtes berathen, und aus folgenden Gründen verneinend entschieden.

I. Zum Wirkungskreise des Königl. Finanzministeriums gehörte offenbar die Prüfung und Verbe-

*) Ges.Bl. v. 1831, Nro. 9. S. 146 ff.

**) Ges.Bl. v. 1819, St. VII, S. 65 f. — Novellen zur Bayer. Ger.-Ord. Bd. III, S. 161/163 und neueste Ausg. Th. II, Cap. III, zu §. 6 (CLXXVI).

scheidung der nach §. 30 jenes Finanz-Gesetzes geschehenen Anmeldungen von Forderungen an den Staat, wie sich dieses aus dem Gesetze selbst ergibt.

Es ist nämlich im vierten Absatze des §. 30 bestimmt:

„Eine zwar angemeldete, von dem Königlichen „Staatsministerium der Finanzen aber nicht an„erkannte, und deßhalb zurückgewiesene Forder„ung muß innerhalb eines Jahres, vom Tage „der Zurückweisung an, bey den treffenden Ge„richten bey Strafe der Präclusion klagbar an„gebracht werden."

Im fünften Absatze heißt es dann weiter:

„Eine zwar rechtzeitig angemeldete, von dem „Finanzministerium vor dem 1. October 1833 allen„falls nicht verbeschiedene Forderung muß läng„stens in dem Zeitraume vom 1. October 1833 „bis 1. October 1834 bey Strafe der Präclusion „klagbar vor die Gerichte gebracht werden."

Wenn gleich diese Bestimmungen direct nur den Termin zur Klagestellung betreffen; so geben dieselben doch genügend zu erkennen, daß die Aufgabe des Finanzministeriums gewesen sey, die anzumeldenden Forderungen zu prüfen, so wie auch anzuerkennen, oder zurückzuweisen. Schon nach dem Zwecke jenes auf Herstellung der Ordnung im Staatshaushalte abzielenden Gesetzes, mußte sich das Königl. Finanzministerium über die aus der Vorzeit rückständigen Haftungen des Staats Kenntniß verschaffen; was nur durch die Prüfung der angemeldeten Forderungen möglich war.

Die Zurückweisung solcher Forderungen konnte nach den erwähnten Bestimmungen auch stillschweigend geschehen; denn da der Petent in dem Falle, wenn

seine rechtzeitig erfolgte Anmeldung vom Finanz-Ministerium bis zum 1. October 1833 nicht verbeschieden worden ist, eben so, wie im Falle der ausdrücklichen Zurückweisung, auf den Rechtsweg verwiesen ist; so folgt hieraus von selbst, daß per fictionem juris eine abschlägige Entschließung anzunehmen ist.

Es mag nun bey dem Finanzministerium die ausdrückliche, oder stillschweigende Zurückweisung einer angemeldeten Forderung erfolgt seyn, so konnte hiegegen nach dem bestehenden Instanzen-Verhältnisse bey keiner anderen Administrativbehörde Beschwerde geführt werden; so wie es in der Natur der Sache liegt, daß eine von der obersten Finanzstelle bereits zurückgewiesene Forderung nicht noch einmal bey einer anderen Verwaltungsbehörde angebracht werden könne.

Der Zweck des §. 9 der Proceßnovelle vom 22. July 1819 ist, durch die angeordnete vorläufige Betretung des Administrativweges unnütze und voreilige Processe zu verhüten; dieser Zweck wurde durch die Anmeldung bey dem Finanzministerium vollkommen erreicht.

Durch die Bestimmung des §. 30 des Finanz-Gesetzes ist daher hinsichtlich der administrativen Erledigung der Sache als Vorbedingung des Rechtsweges für eine Classe von Forderungen an den Staat eine specielle Norm aufgestellt worden, welche die Anwendbarkeit des §. 9 der Proceßnovelle (vom 22. July 1819) nothwendig ausschließt.

Arg. D. fr. 80, de regulis juris.

II. Von Erheblichkeit ist auch der Umstand, daß die rechtzeitig angemeldeten Ansprüche, wenn bis zum 1. October 1833 keine Entschließung erfolgt ist,

bey Strafe der Präclusion innerhalb einer Jahresfrist klagbar vor die Gerichte gebracht werden mußten. Mit dieser Bestimmung ist die Vorschrift des §. 9 der Proceßnovelle (von 1819) unvereinbar; denn eben weil der Petent in diesem Falle durch ein Zwangsgesetz ad agendum aufgefordert war, konnte die Zulässigkeit der Klage nicht erst von einer Vorbedingung abhängig seyn, deren Realisirung innerhalb der Jahresfrist nicht immer in seiner Macht lag.

Der §. 9 der (angezogenen) Proceßnovelle statuirt eine Vorbedingung für den Rechtsweg, welche von selbst hinwegfällt, wenn schon durch das Gesetz der Rechtsweg eröffnet ist.

München, den 4. März 1841.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bey Verhinderung des K. Präsidenten:

Freyherr von Freyberg, Director.

Fertig, Secretär.

---

# XI.

## Plenar-Beschluß

vom 23. Juny 1841 *).

(Reg.-Bl. v. 1841, Nr. 32, S. 633—636.)

„Zur Begründung der, der Klage auf Genug„thuung wegen Defloration entgegengesetzten „Einrede:

„„daß der Klägerin schon vorher eine ande„„re Mannsperson beygewohnt habe,""

*) M. vgl. Bl. f. RA. Bd. VI, S. 302 f. — Gett Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft ꝛc. München 1836, S. 126 ff. u. 168 ff.

„genügt die allgemeine Behauptung dieser Bey-
„wohnung."

Gemäß Artikel II des Gesetzes über Verhütung ungleichförmiger oberstrichterlicher Entscheidungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 17. November 1837 wurde die Rechtsfrage:

„ob zur Begründung der gegen die Klage auf Ge-
„nugthuung wegen Defloration angebrachten Ein-
„rede, — daß der Klägerin, bevor der Beklagte
„mit ihr den Beyschlaf gepflogen, schon eine an-
„dere Mannsperson beygewohnt habe, — die all-
„gemeine Behauptung*) dieser Beywohnung ge-
„nüge,"

der Plenarberathung des Oberappellationsgerichtes unterstellt, welches diese Frage bejahend entschied aus folgenden

## Motiven.

1) Die thatsächliche Begründung einer Einrede muß nach den nämlichen Grundsätzen, wie die einer Klage beurtheilt werden.

2) Zur Begründung der Klage in factischer Hinsicht verlangt die Gerichtsordnung Cap. IV, §. 7, Nr. 2 die Anführung aller erforderlichen Umstände, und in demselben Sinne ist auch die Vorschrift Cap. VI, §. 8, daß die Exceptionen umständlich vorzutragen seyen, zu nehmen.

3) Als erforderliche Umstände stellen sich nach der Natur der Sache nur diejenigen dar, ohne welche die Statthaftigkeit des auf das angebrachte Factum gebauten Rechtes nicht bemessen werden kann. Wo und

*) M. vgl. Bl. f. RA. Bd. II, S. 13, 32, 55, 277. — Bd. III, S. 47. — Bd. IV, S. 38, 93, 223, 255. — Bd. V, S. 295, 303 u. Beyl. zu Nr. 19. — Bd. VI, S. 181, 302, 303.

sobald daher diese Bemessung möglich ist, erscheinen die angeführten thatsächlichen Momente genügend.

4) Der Beklagte, welcher der auf Genugthuung wegen Defloration gegen ihn gestellten Klage die obenbezeichnete Einrede entgegengesetzt, sucht sich durch dieselbe von dem wider ihn erhobenen Anspruche zu befreyen, und diese Befreyung tritt auch ein, wenn die behauptete Thatsache des von der Klägerin bereits früher mit einem Andern gepflogenen Beyschlafes zur rechtlichen Gewißheit gebracht wird.

5) Die wesentlichen Momente der obenerwähnten Thatsachen bestehen in dem Beyschlafe der Klägerin mit einer andern Mannsperson, und zwar vor der Beywohnung des Beklagten; es genügt somit zur factischen Begründung der fraglichen Einrede die bloße Anführung dieser Momente.

6) W e r allenfalls die andere Mannsperson gewesen, mit welcher, dann w o, oder w a n n v o r der Beywohnung des Beklagten die Klägerin den Beyschlaf gepflogen habe, ist ohne erheblichen Einfluß im ersten Verfahren, weil es sich hier bey der unbestreitbaren Relevanz der in dieser Einrede enthaltenen Thatumstände nur darum handelt, ob die eingewendete Thatsache als wahr zugegeben, oder als unwahr widersprochen werde, der Erklärung hierüber auf Seite der Klägerin aber kein Hinderniß im Wege liegt, da es einer eigenen Handlung derselben gilt, an deren Wahr- oder Unwahrheit die Person des angeblich frühern Beyhälters ebenso wenig, als der Ort oder der Zeitmoment der angeblich frühern Beyhaltung etwas zu ändern vermag.

7) Die Art und Weise, wie der Beklagte die vorgeschützte Thatsache auf eingelegten Widerspruch darthun könne und werde, bleibt lediglich dem Beweisverfahren vorbehalten, in welchem dann auch der Gegen-

parthey die Erinnerung über das Formelle und Materielle des Beweises, so wie dessen Entkräftung durch Gegenbeweis offen steht.

München, den 23. Juny 1841.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.
In Abwesenheit des K. Präsidenten:
Freyherr von Freyberg, Director.
Schiedermair, Secretär.

---

# XII.

## Plenar=Beschluß

vom 23. Juny 1841 *).

(Reg.=Bl. v. 1841, Nr. 32, S. 636 — 640.)

---

„Nach gemeinem Rechte wird die Klage auf „Ernährung eines außerehelichen Kindes durch die „Einrede:

„„daß der Mutter während der gesetzlich „„entscheidenden Zeit mehrere Mannspersonen beygewohnt haben,““

„nicht aufgehoben.“

### Motive.

Die — in Folge des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger oberstrichterlicher Entscheidungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, nach Artikel I zur Plenarberathung des Ober-Appellations-Gerichtes gebrachte — Frage,

„ob nach gemeinem Rechte die auf Ernähr=

*) M. vgl. Bl. f. RA. Bd. VI, S. 303 f. u. Note *) S. 70 bey dem Plenarbeschlusse XI. — Gett Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft S. 84 ff., 126 ff. u. 168 ff.

„ung eines ausserehelichen Kindes gestell-
„te Klage durch die vom Beklagten op-
„ponirte Einrede, — es hätten mehrere
„Mannspersonen der Mutter zur gesetzlich
„entscheidenden Zeit beygewohnt, — aufge-
„hoben werde,“

ist aus nachstehenden Erwägungen verneinend entschieden worden.

1) Das canonische Recht und der deutsche Gerichtsgebrauch hat die römischen Gesetzesbestimmungen über Ernährung der ehelichen Kinder auch auf die unehelich Gebornen ausgedehnt, und hiernach den Vater zur Alimentation derselben verpflichtet erklärt.

2) Die Alimentationspflicht beruht auf der Thatsache, daß der in Anspruch Genommene der Mutter des Kindes in der gesetzlich angenommenen Zeit beygewohnt habe, weil auf einen solchen Beyschlaf die Rechtsvermuthung der Vaterschaft sich gründet.

3) Diese Rechtsvermuthung muß gegen den geständigen oder überwiesenen Beyhälter so lange für wirksam erachtet werden, als ihr Grund, nämlich die Annahme, daß er das Kind erzeugt haben könne, aufrecht besteht, was so lange der Fall ist, als keine Gewißheit für das Gegentheil vorliegt.

4) Eine solche Gewißheit geht nicht, und kann nicht hervorgehen aus der Thatsache, daß die Kindesmutter zur entscheidenden Zeit auch andern Mannspersonen den Beyschlaf gestattet habe; denn es ist und bleibt dessen ungeachtet noch immer möglich, daß das Kind aus der Beywohnung des Beklagten entsprungen sey.

5) Die bemerkte Thatsache bewirkt nichts weiter, als daß die gegen den Beklagten stehende Rechtsver-

muthung auch gegen jeden andern begründet wird, der während des critischen Zeitraumes der Mutter beygewohnt hat, weil es rücksichtlich eines jeden derley Concumbenten möglich ist, daß gerade sein Beyschlaf die Schwängerung bewirkt habe.

6) Es wird demnach durch die Concurrenz Mehrerer die jeden derselben treffende Rechtsvermuthung keineswegs aufgehoben; sie besteht mit der Thatsache des zur entscheidenden Zeit gepflogenen Beyschlafes fort, wenn der Einzelne nicht zu erweisen vermag, daß das Kind aus seiner Beywohnung nicht habe hervorgehen können. Die bloße Ungewißheit, ob der Beklagte, oder ob einer der andern Beyhälter der Erzeuger des Kindes sey, rechtfertiget die Annahme nicht, daß keiner aus ihnen für den Vater geachtet werden dürfe, und somit jeder von der Alimentationspflicht losgesprochen werden müsse.

7) Diese, durch kein specielles Gesetz unterstützte Annahme ist um so weniger zulässig, als bekanntlich die Alimente in den Rechten begünstiget sind, und insbesondere auch dieser Begünstigung wegen das canonische Recht und die Praxis der deutschen Gerichte dem ausserehelichen Concumbenten ebenso, wie die römischen Gesetze dem Ehemanne, die Ernährungspflicht auferlegt haben.

Das Kind kann und darf den ihm gesetzlich eingeräumten Alimentationsanspruch nicht deßhalb verlieren, weil mehrere Mannspersonen sich in die Lage gesetzt haben, daß jeder aus ihnen als Erzeuger vermuthet werden kann; — und es kann und darf dem einzelnen Concumbenten das Zusammentreffen Mehrerer auch schon darum nicht zum Vortheile gereichen, weil, gleichwie in den römischen Gesetzen das Stuprum als schändlich erklärt ist, der ausser-

ehelichen Geschlechtsverbindung nach dem canonischen Rechte und den deutschen Reichsgesetzen das Merkmal einer unerlaubten Handlung*) anklebt, Handlungen dieser Art aber ihren Auctoren nicht günstig seyn, und schuldlose Dritte nicht benachtheiligen dürfen.

8) Es haben darum mit gutem Grunde nicht nur viele bewährte Lehrer des gemeinen Rechtes, sondern selbst die vorzüglichsten positiven Gesetzgebungen Deutschlands dem der Alimentationsforderung des ausserehelichen Kindes entgegengesetzten Einwande der mehreren Beyhälter den Effect der Befreyung von der Ernährungspflicht versagt, welcher Grundsatz auch vom obersten Gerichtshofe Bayerns in der entschiedenen Mehrzahl seiner bisherigen Erkenntnisse angewendet worden ist.

Dem Kinde gegenüber, für welches Alimentation gefordert wird, ist daher die obenerwähnte Einrede völlig unerheblich.

München, den 23. Juny 1841.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

In Abwesenheit des Königlichen Präsidenten:
Frhr. v. Freyberg, Director.

Schiedermair, Secretär.

---

*) M. vgl. §. 29 des organischen Edicts über die Patrimonial-Gerichtsbarkeit vom 8. September 1808. Reg. Bl. v. 1808, Bd. II, St. LVII, S. 2254.

# XIII. und XIV.

## Plenar-Beschluß
vom 18. May 1842.

(Reg.Bl. von 1842, Nro. 24, S. 741 — 750.)

I.

„Gegen den Ablauf des im Artikel III des „Gesetzes vom 1. Juny 1822, die Staatsschuld „betreffend, vorgeschriebenen Termines zur „Anbringung der Forderungen aus Titeln „vor dem 1. October 1811 findet civilrechtliche „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus „dem Grunde der Minderjährigkeit statt."

II.

„Nach Bayerischem Landrechte ist für Resti„tutionsgesuche moralischer Personen gegen „den Ablauf der im Gesetze über die Staats„schuld vom 1. Juny 1822, Art. III bestimmten „Frist das Quadriennium, je nachdem die Frist „ohne oder aus Verschulden des jeweiligen „Vorstehers verlaufen, im ersten Falle von „dem Zeitpunkte an zu rechnen, wo dem Vor„steher die aus dem Ablaufe der Frist entstand„ene Läsion bekannt geworden ist, im zwey„ten Falle aber von dem Tage an, wo statt des „schuldhaften Vorstehers ein anderer bestellt „wurde."

In vorstehender Weise hat das Plenum des Ober-Appellations-Gerichtes die ihm gemäß Artikel I des Gesetzes vom 17. November 1837, — Verhütung ungleichförmiger oberstrichterlicher Entscheidungen in bürger-

lichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, — zur Berathung vorgelegten Fragen:

I. „ob gegen den Ablauf des im Art. III des Gesetzes vom 1. Juny 1822*), die Staatsschuld betreffend, vorgeschriebenen Termines zur Anbringung der Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811 eine Restitution aus dem Titel der Minderjährigkeit statt finde,"

dann

II. „von welchem Zeitpunkte nach dem Bayerischen Landrechte der Anfang des Quadrienniums zu rechnen sey, wenn für, den Minderjährigen gleich geachtete, moralische Personen gegen den Ablauf der im Gesetze über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822, Art. III bestimmten Frist Restitution nachgesucht wird,"

aus nachfolgenden

## Motiven

entschieden.

ad I.

1) Der Artikel III des Gesetzes vom 1. Juny 1822, die Staatsschuld betreffend, welcher gewisse, aus der Zeit vor dem 1. October 1811 herrührende Forderungen an den Staat für erloschen erklärt, wenn sie nicht bis zum 1. October 1824 bey speciell bezeichneten Stellen angebracht seyn werden, statuirt keine abgekürzte Extinctivverjährung, weil für die Erlöschung der treffenden Ansprüche kein terminus a quo, sondern bloß ad quem gegeben, ohne bestimmten Anfang aber, und somit ohne

*) Ges. Bl. v. 1822, Nro. 3, S. 143 f.

bestimmte Dauer keine, — gleichviel ob längere oder kürzere — Verjährung rechtlich denkbar ist.

2) Der gedachte Artikel kann auch nicht als eine gesetzliche Präjudicialladung betrachtet, und nach den Grundsätzen für gerichtliche Ladungen behandelt werden; denn abgesehen davon, daß es ihm offenbar schon an der Form einer Ladung gebricht, können Ladungen — ihrem rechtlichen Begriffe nach nur vom Richter, nicht aber vom Gesetzgeber ausgehen.

3) Der Artikel III stellt sich vielmehr als ein singuläres Gesetz dar, welches, indem es den Fortbestand gewisser Forderungen an die Vornahme einer, dem allgemeinen Rechte fremden Handlung durch die Bestimmung knüpft, daß die Unterlassung dieser Handlung das Erlöschen des Anspruches zur Folge hat, den Character eines Ausnahmsgesetzes oder Privilegiums trägt.

4) Privilegien sind nach bekannten Rechtsregeln strenge auszulegen, d. h. in einer Bedeutung aufzufassen, welche sich von dem bestehenden allgemeinen Rechte am Wenigsten entfernt. Es müssen daher Anordnungen des allgemeinen Rechtes, welche durch ein gegebenes Privilegium nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, oder durch welche die Wirksamkeit des Privilegiums selbst nicht aufgehoben wird, als mit und neben dem Ausnahms=Gesetze fortbestehend, angenommen werden.

5) Die allgemeine durch das Civilrecht den Minderjährigen, und den ihnen gleich gestellten moralischen Personen eingeräumte Wohlthat der Wiedereinsetz=

ung in den vorigen Stand gegen Nachtheile aus extrajudiciellen Handlungen oder Unterlassungen hat der Artikel III in Absicht auf die Nichtbefolgung seiner Vorschrift ausdrücklich nicht ausgeschlossen.

Es wird aber auch

6) die Wirksamkeit dieser Vorschrift durch die civilrechtliche Restitution minorenner Personen nicht aufgehoben, da es offenkundig ist, daß nur ein Theil der anzubringenden Forderungen derley Personen angehört, und da sonach bloß eine Minderung der Wirkung des Privilegiums eintreten kann.

Hätte

7) auch dieser Verminderung begegnet werden wollen, so wäre es unerläßlich gewesen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausdrücklich für unstatthaft zu erklären, besonders da der Legislation bekannt war und seyn mußte, daß mehrere Staatsgläubiger aus physisch minderjährigen, und denselben gesetzlich gleich geachteten Personen bestehen, welche sich gemeinrechtlich der Restitution zu erfreuen haben.

8) Die Nothwendigkeit einer solchen ausdrücklichen Erklärung hat die Gesetzgebung selbst anerkannt, da sie zur Ordnung des Currentdienstes im Finanzgesetze vom 28. December 1831, §. 30*) eine dem Artikel III des Gesetzes über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822 gleiche Bestimmung erlassen, und im §. 33 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mit Ausnahme phy-

*) Ges. Bl. v. 1831, Nro. 9, S. 146 ff. — M. vgl. Bl. f. RA. Bd. IV, S. 113. — Bd. V, S. 78, 401.

sisch Minderjähriger, ausdrücklich ausgeschlossen hat.

9) Bey diesem legislatorischen Anerkenntnisse der Nothwendigkeit, die Restitution ausdrücklich für unstatthaft zu erklären, wenn dem Gesetze möglichst volle Wirksamkeit verschafft werden soll, steht es dem Richter nicht zu, bey einer den Restitutions-Punkt unberührt lassenden Gesetzes-Vorschrift die gemeinrechtlich gestattete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand deßhalb für ausgeschlossen anzunehmen, weil der Ausschluß allenfalls der Wirksamkeit dieser Vorschrift mehr zusagen möchte.

10) Die fragliche Restitution wird auch nicht durch die Civilrechtsregel ausgeschlossen, daß Gleichprivilegirte ihres Rechtes gegeneinander sich nicht bedienen dürfen; denn obschon das Aerar die Rechte der Minorennen genießt, so leidet die gedachte Regel in dem Falle eine Ausnahme, wenn ein Theil, wie hier der Restitutionssuchende, sich gegen den Verlust wohlerworbener Ansprüche zu schützen sucht, der andere aber, indem er wegen einer bloßen Unterlassung der rechtzeitigen Meldung des Gläubigers von der Zahlungsverbindlichkeit befreyt seyn will, augenfällig de lucro captando streitet.

Es war sonach die aufgeworfene, vom obersten Gerichtshofe ohnehin mit Ausnahme eines einzigen Falles bisher stets affirmativ entschiedene Frage zu bejahen.

ad II.

1) Das Bayerische Landrecht, welches Th. I, Cap. VII, §. 30, Nro. 7 den Anfang der vierjährigen Frist zur Geltendmachung der Civilrestitution bey Pupillen unbedingt auf den Eintritt der Majoren-

nität festsetzt, bestimmt §. 36, Nro. 8 cit. loc., daß bey der Restitution moralischer, den Minderjährigen gleich geachteter Personen, weil sie nie majorenn werden, der Lauf des Quadrienniums von dem Tage an gerechnet werden soll, wo die Läsion geschehen und kundbar sey, oder wenn der Vorsteher selbst daran Schuld trage, von dem Tage an, wo ein anderer Vorsteher statt desselben bestellt wurde.

2) Aus der Anordnung, daß im Falle des Verschuldens von Seite des Vorstehers das Quadriennium von der Zeit der Bestellung eines neuen Verwalters an laufe, folgt nothwendig, daß die Restitutionsfrist vom Tage der geschehenen und kundbar gewordenen Läsion nur in dem Falle zu rechnen sey, wenn der Vorsteher an der Beschädigung schuldlos ist.

3) Hienach entscheidet bey der Frage, von welcher Zeit an das Quadriennium laufe, wenn für, den Minderjährigen gleich geachtete moralische Personen gegen den Umfluß der im Art. III des Gesetzes über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822 bestimmten Frist Restitution gesucht wird, zunächst die Rücksicht, ob diese Frist aus oder ohne Verschulden des Vorstehers abgelaufen sey. — Hat nämlich

4) der Vorsteher die Befolgung des Gesetzes vom 1. Juny 1822 Art. III schuldhaft unterlassen, d. h. hat er im Laufe der gesetzlich bestimmten Frist zur Anbringung der Forderungen gewußt, oder hätte er bey gebührender Achtsamkeit und Sorgfalt wissen können, daß sich in dem seiner Administration anvertrauten Vermögen der moralischen Person eine, dem allegirten Gesetze Art. III unter-

worfene Forderung befinde, und hat er deren Anbringung, zu welcher ihm die erforderlichen Mittel zu Gebot standen, dennoch versäumt, so beginnt nach der citirten klaren Bestimmung des Landrechts das Quadriennium für die Restitutionssuchung erst von der Zeit der Bestellung eines neuen Vorstehers; war dagegen

5) dem Vorsteher während der Dauer der fraglichen Frist die Existenz einer solchen Forderung ohne eigenes Verschulden unbekannt, oder gebrach es demselben wenigstens an den Mitteln zu deren wirksamen Anbringung, so kann, dem Sinne des Landrechtes gemäß, das Quadriennium für die Restitution erst von dem Zeitpunkte an laufen, wo der Vorsteher von dem Bestande einer derley Forderung Wissenschaft erhielt, oder die Mittel zu deren wirksamen Geltendmachung erlangte, und hierdurch Kenntniß resp. Gewißheit gewann, daß seiner Curandin durch den Ablauf der Anbringungsfrist eine Beschädigung zuging.

Die ad II. aufgestellte Frage mußte daher in der Weise, wie oben geschehen, beantwortet werden.

München, den 18. May 1842.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf von Rechberg, Präsident.

Paulus, Secretär.

# XV.

## Plenar-Beschluß

### vom 31. May 1842.

(Reg.Bl. v. 1842, Nro. 24, S. 751 — 772.)

„Die Bestimmung des Art. III des Gesetzes „über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822 fin„det keine Anwendung auf Forderungen „aus der Zeit vor dem 1. October 1811, welche „zwischen diesem Tage und dem 1. Juny 1822 „bey einer der damals zuständigen Behörden „angebracht, und nicht ausdrücklich zurückge„wiesen worden sind."

Die — in Folge des Art. I des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zur Plenarberathung des Ober-Appellationsgerichtes gebrachte — Frage,

ob eine an die Staatsschuldentilgungsanstalt gemachte Forderung aus einem Titel vor dem 1. October 1811 nach Art. III des Gesetzes über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822*) für erloschen zu halten sey, wenn sie zwar in der Zeit vom 1. October 1811 bis 1. Juny 1822 bey den competenten Stellen angemeldet, und von denselben nicht zurückgewiesen, nachher aber in dem Zeitraum vom 1. Juny 1822 bis 1. October 1824 bey einer der in jenem Gesetze genannten drey Stellen nicht weiter angebracht worden ist,

wurde verneinend, nämlich dahin, daß auf solche

Forderungen die Bestimmung dieses Art. III keine Anwendung finde, entschieden — aus folgenden

## Motiven.

1) Der Art. III des Gesetzes über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822, — also lautend:

Alle Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. October 1811 noch keine Zinsen erhoben worden sind, — nicht minder alle Zahlungs-Rückstände für die Zeit vor dem 1. October 1811, und überhaupt alle Forderungen aus Titeln vor dem erwähnten Tage werden als erloschen betrachtet, wenn sie nicht bis zum 1. October 1824 entweder bey dem Königlichen Finanzministerium, oder der Staatsschuldentilgungs-Commission, oder bey dem Forum der Staatsschuldentilgungs-Anstalt angebracht seyn werden,

bestimmt den 1. October 1824 als die Zeit, bis zu welcher, — schweigt aber hinsichtlich der Zeit, von welcher an die Forderungen unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht seyn mußten.

Der Wortlaut des Gesetzes allein entscheidet also die Frage nicht, inner welcher Zeit bis zum 1. October 1824 das Anbringen der Forderungen zur Begegnung dieses Präjudizes zu geschehen hatte, und ob sonach ein vor Erlassung jenes Gesetzes erfolgtes Anbringen

---

*) Ges. Bl. v. 1822, Nro. 3. S. 143 f. — M. vgl. Bl. f. RA. Bd. IV, S. 113.

gegen dieses Präjudiz schütze? — weßhalb zu deren Lösung auch auf die Veranlassung und den Zweck des Gesetzes, und auf dessen Zusammenhang mit den vorausgegangenen, die Verwaltung der Staatsschuld betreffenden Verordnungen vom 20. August und 17. November 1811 (Reg. Bl. S. 1063 ꝛc. und 1697 ꝛc.), — dann vom 22. July 1819 (Ges. Bl. S. 243 ꝛc.) — Rücksicht zu nehmen war. —

In dieser Beziehung ergibt sich nun

2) aus den Ständeverhandlungen vom Jahre 1822, insbesondere aus dem Vortrage des K. Finanzministers bey Vorlage des Gesetzentwurfes, aus den Referaten und resp. Beschlüssen der betreffenden Ausschüsse der zweyten Kammer der Ständeversammlung und aus der hierin öffentlich gepflogenen Discussion — (vid. ibidem Bd. VIII, S. 92 bis 162, dann Beyl. Bd. IV, S. 111 bis 124 und Beyl.-Bd. VIII, S. 4, 5, 13, 14 und 18) — klar

a) als Veranlassungsgrund, aus welchem die K. Regierung die Erlassung jenes Gesetzes für nothwendig hielt, und auch die Stände des Reiches ein solches für annehmbar und zweckmäßig erachteten, die Ungewißheit über die bestehenden Verbindlichkeiten der Staatsschuldentilgungscasse, und die hierdurch herbeygeführte Unmöglichkeit der Reinstellung der Cataster, des Abschlusses des Schuldbuches und der Entwerfung eines festen Schuldentilgungs-Planes, — dann

b) als Zweck dieses Gesetzes die Beseitigung jener Ungewißheit durch Festsetzung eines Präclusivtermines zur Anbringung der betreffenden Forderungen, um sonach die Größe der Staats-

schuld auf eine zuverläßige und bestimmte Weise kennen zu lernen, und dadurch auch einen festen Schuldentilgungsplan ausführbar zu machen. —

c) Als die Ursache der Entstehung der Ungewißheit über die Größe der Staatsschuld aber ist in dem erwähnten Vortrage des K. Finanzministers wörtlich angeführt, daß

α) eine Menge vorher unbekannter Forderungen, welche im Laufe von 20 Jahren, oder wenigstens während der langen Dauer der Liquidations-Commissionen füglich hätten angemeldet werden können, erst in neuester Zeit von Monat zu Monat erhoben, und daß

β) in den Catastern Schulden fortgeführt werden, für welche sich seit langer Zeit weder zur Zurückzahlung noch zur Zinszahlung Gläubiger gemeldet haben.

Die Entfernung dieser doppelten Ungewißheit, ob nämlich

ad α) außer der bey Erlassung des Gesetzes vom 1. Juny 1822 bereits bekannten Staatsschuld nicht noch unbekannte, und gegen die Staatsschuldentilgungscasse noch gar nicht angebrachte Forderungen aus ältern Rechtstiteln bestehen, und

ad β) ob und in wie weit hinsichtlich der bekannten und catastrirten Forderungen, für welche sich jedoch seit langer Zeit keine Gläubiger gemeldet haben, noch Ansprüche an den Staat gemacht werden können und wollen,

sollte also durch den Artikel III bewirkt werden.

3) Aus jenem Anlaße und Zwecke des Gesetzes nebst den bemerkten Ursachen der Entstehung der Unge-

wißheit über die Größe der Staatsschuld folgt, daß nachgenannte Forderungen dem Art. III des Gesetzes vom 1. Juny 1822 unterworfen waren, also zwischen dem Tage der Erlassung und resp. Promulgation dieses Gesetzes und dem hierin genannten Schlußtermine, — 1sten October 1824, — unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht werden mußten, als:

A. alle bis zum Erscheinen dieses Gesetzes noch gar nicht angebrachten, — sohin unbekannten Forderungen an die Staatsschulden-Tilgungsanstalt aus Titeln vor dem 1sten October 1811, —

B. alle in den Catastern der Schuldentilgungs-Casse bis zum Erscheinen jenes Gesetzes fortgeführten verzinslichen und unverzinslichen Forderungen aus Titeln vor dem 1sten October 1811, für welche sich seit langer Zeit weder zur Zurückzahlung, noch zur Zinszahlung Gläubiger gemeldet haben.

Unter dem Ausdrucke „seit langer Zeit" ist hiebey der 1ste October 1811 zu verstehen; denn

a) rücksichtlich der, den größten Theil der Bayerischen Staatsschuld bildenden verzinslichen Forderungen ist dieses in dem Gesetze vom 1sten Juny 1822 durch die Worte „alle Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1sten October 1811 noch keine Zinsen erhoben worden sind," — deutlich ausgedrückt.

b) Analog muß dieses auch für die unverzinslichen Forderungen, als den kleinern Theil der Staatsschuld, gelten, und zwar um so mehr, als in Ansehung derselben das Gesetz keinen andern Zeitpunkt festgesetzt hat, auch sonst kein hinreichender Grund besteht, um bey diesen eine andere Zeit,

als jene bey den verzinslichen Forderungen gesetzlich bestimmte anzunehmen, und als in der, zu 2, c, β bemerkten Aeußerung des K. Finanzministers gleichfalls kein Unterschied zwischen der verzinslichen und unverzinslichen Staatsschuld bezüglich der Länge der Zeit gemacht wurde, seit welcher sich weder zur Zurückzahlung noch zur Zinszahlung Gläubiger gemeldet haben. Dazu kommt

c) daß die Verordnungen vom 20. August und 17. November 1811 eine neue Verwaltungs-Periode für die gesammte Staatsschuld einführten, welche mit dem 1. October 1811 begann, von welchem Tage an der nun allgemeine, in diesen Verordnungen festgesetzte, und auch bey Erlassung der Gesetze über die Staatsschuld vom 22. July 1819 *) und 1. Juny 1822 **) berücksichtigte Schulden-tilgungs-Plan ins Werk gesetzt werden sollte, so daß die Befriedigung einer Forderung nach diesem Plane nur jener Gläubiger zu erwarten hatte, welcher sich zu deren Geltendmachung seit dem 1. October 1811 meldete. Ueberdieß wurde

d) durch jene Verordnungen vom 20. August und 17. November 1811 ***) die ganze Bayerische Staatsschuld einer allgemeinen Revision und resp. Liquidation unterworfen, und zugleich bestimmt, daß alle Cataster über die Staatsschuld dem Königlichen Finanzministerium zur allerhöchsten Ordonnanzirung vorgelegt werden mußten, ohne welche von der Staatsschulden-Tilgungs-

*) Ges. Bl. v. 1819, St. XI, S. 243 ff.
**) Ges. Bl. v. 1822, Nro. 3, S. 141 ff.
***) Reg. Bl. v. 1811, St. LV, S. 1063 ff. u. St. LXXIV, S. 1697. ff.

Commission weder Capitale noch Zinsen bezahlt werden durften. Hiernach wurde sogar die frühere Liquidität von bereits anerkannten Staatsschulden in Frage gestellt, und den Staatsgläubigern nützte das Anbringen ihrer Forderungen vor dem 1. October 1811 nichts, wenn sie sich seit dem Bestehen der Staatsschuldentilgungs-Commission — d. i. seit dem 1. October 1811, — um Capital oder Zinsen nicht weiter gemeldet, sondern durch ihr langes Schweigen das K. Finanzministerium und die Staatsschuldentilgungs-Anstalt in Ungewißheit gelassen haben, ob sie noch auf ihren verzinslichen oder unverzinslichen Forderungen bestehen.

C. In gleicher Cathegorie mit den zu B genannten stehen auch alle übrigen, nicht catastrirten, verzinslichen und unverzinslichen Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811, für welche sich seit diesem Tage weder zur Zurückzahlung noch zur Zinszahlung Gläubiger gemeldet haben, ungeachtet diese Forderungen in den ständischen Verhandlungen nicht speciell angeführt worden sind, weil auf sie alles oben zu B Angeführte paßt, weil insbesondere auch ihretwegen gleiche Ungewißheit bestand, ob noch ein Anspruch an den Staat geltend gemacht werden wollte, oder konnte, und weil es überdieß hinsichtlich dieser nicht catastrirten Forderungen sogar noch ungewiß ist, ob sie überhaupt zu den, den obersten Finanzstellen je bekannt gewordenen, — und nicht vielmehr zu den ad A erwähnten unbekannten Forderungen gehören. — Endlich sind hier anzureihen

D. jene Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811, welche zwischen diesem Tage und dem 1.

Juny 1822 bey einer der damals zuständigen Behörden zwar angebracht, daselbst aber bis zum Erscheinen des Gesetzes vom 1. Juny 1822 ausdrücklich zurückgewiesen worden sind, weil es in Folge dieser Zurückweisung ungewiß wurde, ob die Gläubiger sich hiebey beruhigen, oder ob sie ihre Forderungen der Zurückweisung ungeachtet noch ferner gegen den Staat geltend machen würden. Wegen dieser Ungewißheit hörten sie auf, bekannte Forderungen an den Staat zu seyn, und das K. Finanzministerium hatte daher keine hinreichende Veranlassung, diese durch das frühere Anbringen zwar bekannt gewesenen Forderungen, denen aber zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vom 1. Juny 1822 die Anerkennung bereits versagt worden war, in das Schuldbuch aufnehmen, oder darin stehen zu lassen, und bey dem allgemeinen Schuldentilgungs=Plane zu berücksichtigen, in soferne sie nach Art. III dieses Gesetzes nicht neuerdings bis zum 1. October 1824 angebracht wurden. Auf diese Forderungen findet alles, was in dem erwähnten Vortrage des K. Finanzministers über das Unbestimmte der Größe der Staatsschuld vorkommt, seine volle Anwendung, und auf sie paßt der in den ständischen Verhandlungen deutlich ausgedrückte, und oben zu 2, b erörterte Zweck des Art. III jenes Gesetzes, welcher daher durch den allgemeinen Ausdruck — „überhaupt alle Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811" — auch diese Forderungen in sich begreift, obschon sie in jenen Verhandlungen nicht namentlich angeführt wurden.

Dagegen unterliegen

4) Forderungen, welche von den betreffenden Gläubigern gegen die Staatsschuldentilgungs-Anstalt in der Zeit vom 1. October 1811 bis zum Erscheinen des Gesetzes vom 1. Juny 1822 gehörigen Ortes angebracht, und von da bis zu diesem Tage nicht zurückgewiesen, sondern entweder ausdrücklich anerkannt, oder der Instruction unterworfen, oder ohne Entschließung gelassen worden sind, der Bestimmung des Art. III jenes Gesetzes nicht, sondern sind schon durch ihr Anbringen zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 gegen das Präjudiz der Erlöschung geschützt, auch wenn sie in der Zeit vom 1. resp. 22. Juny 1822 und 1. October 1824 nicht weiter mehr bey einer der in jenem Art. III genannten drey Stellen angebracht worden sind; denn

a) auf diese Forderungen paßt keines der Motive, welche nach den ständischen Verhandlungen (vid. oben zu 2) diesen Art. III in's Leben riefen.

Diese zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 gehörigen Ortes angebrachten und nicht zurückgewiesenen Forderungen konnten unter denjenigen nicht begriffen seyn, von welchen der Kgl. Finanzminister bey Vorlage des Gesetzentwurfes sagte, daß sie die K. Regierung in Ungewißheit über das Maaß der Verbindlichkeiten der Staatsschuldentilgungscasse setzen, und dadurch die Reinstellung der Cataster, den Abschluß des Schuldbuches, und die Entwerfung eines festen Schuldentilgungs-Planes hindern, — und daß sie das K. Finanzministerium in die traurige Lage eines Hausvaters bringen, der, ernstlich entschlossen, sich zu ordnen, und alle seine alten Verbindlichkeiten zu erfüllen, stets durch von Monat zu Monat

neu auflebende alte Verbindlichkeiten überrascht und überwältiget wird.

Diese Forderungen gehören zu keiner der oben ad 3, A, B, C u. D aufgeführten Cathegorien. — Sie waren durch ihr Anbringen zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 dem K. Finanz-Ministerium sowohl dem Betrage, als dem hiefür etwa angesprochenen Vorzugsrechte nach bereits bekannt, konnten also dasselbe nicht mehr überraschen und überwältigen, — und konnten auch als bekannt in die Cataster der Staatsschuld eingetragen, oder, in so ferne sie noch nicht definitive anerkannt, sondern beanstandet werden wollten, hierin wenigstens vorgemerkt werden. Sie hinderten sonach weder den Abschluß des Schuldbuches, noch die Entwerfung eines festen Schuldentilgungsplanes, indem, wenn diese in den Tilgungsplan mitaufgenommenen Forderungen in der Folge sich auch ganz oder theilweise als illiquid dargestellt haben würden, der illiquide Theil hievon in dem Plane nur wieder gelöscht zu werden brauchte, ohne daß dieser hiedurch eine Störung zu erleiden vermochte, weil auf solche Art nie eine Vermehrung, sondern nur eine, die Execution des Tilgungsplanes selbst erleichternde Verminderung der in die Cataster eingetragenen Staatsschuld eintreten konnte. Hiernach war auch

b) ein Anbringen dieser Forderungen zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 dem erwähnten Zwecke des Gesetzes vom 1. Juny 1822 vollkommen entsprechend. Das K. Finanzmisterium erlangte durch dieses Anbringen vor dem im Gesetze als Schlußtermin bezeichneten 1. October 1824 Kenntniß von den betreffenden Forderungen, und

konnte ihretwegen nicht mehr in Ungewißheit seyn, ob dieselben als Staatsschuld geltend gemacht werden wollten, weil dieses durch das Anbringen zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 von den Staatsgläubigern klar an den Tag gelegt wurde. Letztere waren ferner

c) zu einem wiederholten Anbringen dieser Forderungen in der Zwischenzeit vom Erscheinen des Gesetzes vom 1. Juny 1822 bis zum 1. October 1824 nicht verbunden, weil dieses Gesetz eine solche Wiederholung des Anbringens innerhalb dieser Zeit nicht ausdrücklich vorschreibt, sondern nur ein einmaliges Anbringen bis zum 1. October 1824 anordnet, ohne die Zeit des Anfanges, von welcher an dasselbe zu geschehen hatte, selbst zu bestimmen, und weil die Gläubiger dem Zwecke des Gesetzes schon durch das Anbringen ihrer Forderungen zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 Genüge geleistet, sie auch beym Mangel einer vor dem Erscheinen jenes Gesetzes geschehenen Zurückweisung ihrer Forderungen keine besondere Veranlassung zu einem wiederholten Anbringen derselben hatten, sondern vorerst eine Entschließung der betreffenden Stellen über An- und Nichtanerkennung ihrer angebrachten Forderungen abwarten konnten.

d) Die Worte des Art. III, „wenn sie nicht bis zum 1. October 1824 angebracht seyn werden," drücken keineswegs nothwendig bloß ein etwas künftig — (d. i. in der Zeit zwischen dem Erscheinen des Gesetzes vom 1. Juny 1822 und dem 1. October 1824) zu geschehen Habendes aus, sondern lassen durch ihre Fassung, wobey sich des temporis futuri exacti, also der zukünftigen und vergangenen Zeit zugleich, bedient wurde, eben so gut auch die

Zeit vom 1. October 1811 bis zum 1. Juny 1822 zu, welche bey Erlassung des Gesetzes bereits vergangen war.

Das ganze Gewicht der Vorschrift dieses Art. III beruht schon der Wortfassung nach darauf, daß die Forderungen bis zum 1. October 1824 bey einer der hiezu competenten Stellen von den Staatsgläubigern angebracht seyen, ohne daß hiebey ein besonderer Werth darauf gelegt erscheint, wann dieses Anbringen vor dem 1. October 1824 — d. i. ob vor oder nach dem 1. Juny 1822, — geschehen sey, wenn es überhaupt nur auf eine dem bereits erwähnten Zwecke des Gesetzes entsprechende Weise erfolgte, was bey den zwischen dem 1. October 1811 und 1. Juny 1822 gehörigen Ortes angebrachten, und nicht zurückgewiesenen Forderungen allerdings der Fall war.

Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, durch den Art. III ein Anbringen der Forderungen vor dem Erscheinen des Gesetzes vom 1. Juny 1822, auch wenn es dem Zwecke desselben vollkommen entsprach, für wirkungslos zu erklären, weil es nicht in der Zwischenzeit vom Erscheinen dieses Gesetzes bis zum 1. October 1824 erfolgte, so hätte dieses, als in dem Zwecke des Gesetzes selbst nicht liegend, im Art. III mit deutlichen Worten ausgedrückt werden müssen. — Da solches aber nicht geschah, so ist hiedurch angedeutet, daß ein vor dem Erscheinen dieses Gesetzes erfolgtes und dem Zwecke desselben entsprechendes Anbringen bezüglich auf das Präjudiz der Erlöschung gleiche Wirkung mit einem nach dem Erscheinen des Gesetzes bis zum 1. October 1824 geschehenen Anbringen der betreffenden Forderungen haben soll.

e) Der Ausdruck im Artikel III „überhaupt alle Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811," — kann nicht in dem ausgedehnten Sinne seines Wortlautes genommen werden, wornach alle, zur Zeit der Erlassung dieses Gesetzes bereits zu den Verbindlichkeiten der Staatsschuldentilgungs-Anstalt gehörigen Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811 ohne Ausnahme der Zwangsvorschrift jenes Art. III in der Art unterworfen gewesen wären, daß sie bey Vermeidung des Präjudizes der Erlöschung zwischen der Zeit des Erscheinens des Gesetzes und dem 1. October 1824 hätten angebracht werden müssen; — denn

α) das Gesetz vom 1. Juny 1822 wollte nicht eine neue, allgemeine Revision und resp. Liquidation der ganzen Bayerischen Staatsschuld anordnen, — was doch der Fall seyn würde, wenn jener Ausdruck in diesem ausgedehnten Sinne zu nehmen wäre, — sondern durch dasselbe sollte nur eine schnellere Beendigung der bereits am 20. August und 17. November 1811 (Regierungs-Blatt S. 1063 ꝛc. und 1697 ꝛc.) angeordneten, und gemäß allerhöchster Entschließung vom 11. December 1819 (Allgem. Int.-Blatt S. 1181) an diesem Tage schon großentheils vollendeten allgemeinen Revision und Liquidation dieser Staatsschuld herbeygeführt werden; —

β) wäre jener Ausdruck in dem ausgedehnten Sinne seines Wortlautes zu nehmen, so hätten auch bekannte und bereits anerkannte Forderungen, — ja sogar Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. October 1811 Zinsen erhoben worden

sind, zwischen dem 1. Juny 1822 und 1. October 1824 unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht werden müssen, was doch hinsichtlich der bekannten und bereits anerkannten Forderungen der Natur der Sache nach ein für den Zweck der Ordnung des Staatshaushaltes höchst überflüssiges Verfahren, und in Ansehung der Forderungen aus Anlehen selbst der ausdrücklichen Bestimmung des nämlichen Art. III entgegen gewesen wäre, wornach nur jene Forderungen aus Anlehen, von welchen seit dem 1. Oct. 1811 keine Zinsen erhoben wurden, bey Vermeidung des genannten Präjudizes zwischen der Zeit des Erscheinens des Gesetzes vom 1. Juny 1822 und dem 1. Oct. 1824 anzubringen waren; — auch würde

γ) im Falle der Annahme eines solchen ausgedehnten Sinnes jenes Ausdruckes die in dem nämlichen Art. III enthaltene Specification einzelner Forderungen, namentlich der Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. Oct. 1811 noch keine Zinsen erhoben worden, und aller Zahlungsrückstände für die Zeit vor dem 1. Oct. 1811 — als unnöthig, und als ein Pleonasmus in dem Gesetze selbst sich darstellen.

Jener Ausdruck ist also nicht nach seinem buchstäblichen Sinne, sondern nach dem Geiste und dem Zwecke des Gesetzes aufzufassen, wonach hierunter nur die bis zu dessen Erscheinen noch gar nicht angebrachten und gänzlich unbekannten (vid. 3, A) oder aber solche bekannt gewesenen Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811 zu verstehen sind, von welchen nach der Erörterung ad 3, B, C und D ungewiß war, ob sie noch ferner gegen den Staat geltend gemacht werden wollten, — zu welchen aber die zwischen dem 1. Oct.

1811 und 1. Juny 1822 angebrachten und nicht ausdrücklich zurückgewiesenen keineswegs gehören.

f) Sollte der Art. III bey der allgemeinen Fassung desselben auch einen ausgedehntern Sinn, als den bisher erörterten zulassen, so stünde einer solchen extensiven Interpretation der Rechtssatz entgegen, daß Zwangsgesetze, — wie das vorliegende, — möglichst eingeschränkt auszulegen seyen, — jener Art. III also in einer den — ohnehin de damno vitando streitenden — Staatsgläubigern am wenigsten nachtheiligen Weise verstanden werden müsse, und dieses um so mehr, als die K. Regierung bey der Erlassung jenes Gesetzes selbst nur schleunige Ordnung des Staatshaushaltes, — und durchaus keine Verkürzung der Rechte der Staatsgläubiger beabsichtete.

5) Was die zuständigen Stellen oder Behörden betrifft, so benennt der Art. III des Gesetzes vom 1. Juny 1822 ausdrücklich das K. Finanzministerium, die K. Staatsschuldentilgungs-Commission und das Forum der K. Staatsschuldentilgungs-Anstalt als diejenigen Stellen, bey deren einer die betreffenden Forderungen bis zum 1. October 1824 unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht seyn mußten, und nach dieser klaren gesetzlichen Bestimmung schützt das Anbringen bey einer andern Stelle oder Behörde die jenem Art. III unterworfenen, sohin zwischen dem 1. resp. 22. Juny 1822 und 1. October 1824 anzubringen gewesenen Forderungen nicht gegen das genannte Präjudiz. — Da jedoch nach Nr. 4 die Bestimmung des Art. III auf Forderungen aus der Zeit vor dem 1. October 1811, welche zwischen diesem Tage und dem 1. Juny

sind, zwischen dem 1. Juny 1822 und 1. October 1824 unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht werden müssen, was doch hinsichtlich der bekannten und bereits anerkannten Forderungen der Natur der Sache nach ein für den Zweck der Ordnung des Staatshaushaltes höchst überflüssiges Verfahren, und in Ansehung der Forderungen aus Anlehen selbst der ausdrücklichen Bestimmung des nämlichen Art. III entgegen gewesen wäre, wornach nur jene Forderungen aus Anlehen, von welchen seit dem 1. Oct. 1811 keine Zinsen erhoben wurden, bey Vermeidung des genannten Präjudizes zwischen der Zeit des Erscheinens des Gesetzes vom 1. Juny 1822 und dem 1. Oct. 1824 anzubringen waren; — auch würde

γ) im Falle der Annahme eines solchen ausgedehnten Sinnes jenes Ausdruckes die in dem nämlichen Art. III enthaltene Specification einzelner Forderungen, namentlich der Forderungen aus Anlehen, wovon seit dem 1. Oct. 1811 noch keine Zinsen erhoben worden, und aller Zahlungsrückstände für die Zeit vor dem 1. Oct. 1811 — als unnöthig, und als ein Pleonasmus in dem Gesetze selbst sich darstellen.

Jener Ausdruck ist also nicht nach seinem buchstäblichen Sinne, sondern nach dem Geiste und dem Zwecke des Gesetzes aufzufassen, wonach hierunter nur die bis zu dessen Erscheinen noch gar nicht angebrachten und gänzlich unbekannten (vid. 3, A) oder aber solche bekannt gewesenen Forderungen aus Titeln vor dem 1. October 1811 zu verstehen sind, von welchen nach der Erörterung ad 3, B, C und D ungewiß war, ob sie noch ferner gegen den Staat geltend gemacht werden wollten, — zu welchen aber die zwischen dem 1. Oct.

1811 und 1. Juny 1822 angebrachten und nicht ausdrücklich zurückgewiesenen keineswegs gehören.

f) Sollte der Art. III bey der allgemeinen Fassung desselben auch einen ausgedehntern Sinn, als den bisher erörterten zulassen, so stünde einer solchen extensiven Interpretation der Rechtssatz entgegen, daß Zwangsgesetze, — wie das vorliegende, — möglichst eingeschränkt auszulegen seyen, — jener Art. III also in einer den — ohnehin de damno vitando streitenden — Staatsgläubigern am wenigsten nachtheiligen Weise verstanden werden müsse, und dieses um so mehr, als die K. Regierung bey der Erlassung jenes Gesetzes selbst nur schleunige Ordnung des Staatshaushaltes, — und durchaus keine Verkürzung der Rechte der Staatsgläubiger beabsichtete.

5) Was die zuständigen Stellen oder Behörden betrifft, so benennt der Art. III des Gesetzes vom 1. Juny 1822 ausdrücklich das K. Finanzministerium, die K. Staatsschuldentilgungs-Commission und das Forum der K. Staatsschuldentilgungs-Anstalt als diejenigen Stellen, bey deren einer die betreffenden Forderungen bis zum 1. October 1824 unter dem Präjudize der Erlöschung angebracht seyn mußten, und nach dieser klaren gesetzlichen Bestimmung schützt das Anbringen bey einer andern Stelle oder Behörde die jenem Art. III unterworfenen, sohin zwischen dem 1. resp. 22. Juny 1822 und 1. October 1824 anzubringen gewesenen Forderungen nicht gegen das genannte Präjudiz. — Da jedoch nach Nr. 4 die Bestimmung des Art. III auf Forderungen aus der Zeit vor dem 1. October 1811, welche zwischen diesem Tage und dem 1. Juny

1822 angebracht und nicht ausdrücklich zurückgewiesen worden sind, keine Anwendung findet, so versteht es sich von selbst, daß diese Forderungen gegen jenes Präjudiz geschützt sind, wenn sie von den betreffenden Staatsgläubigern selbst und unmittelbar, oder von Bevollmächtigten oder Stellvertretern derselben, z. B. von deren Vormündern und Curatoren oder Curatelstellen bey irgend einer der in dieser Zwischenzeit zur Revision und Liquidation der Staatsschuld, und überhaupt zur Behandlung des Staatsschuldenwesens, oder zur richterlichen Cognition hierüber competent gewesenen Verwaltungs- oder Gerichtsstellen und Behörden angebracht wurden.

6) Uebrigens ist es nach der Wortfassung des Gesetzes „entweder bey dem K. Finanzministerium, — oder der Staats-Schuldentilgungs-Commission, — oder dem Forum der Staats-Schuldentilgungs-Anstalt" — in der Wahl der Staatsgläubiger gestellt gewesen, bey welcher der hiezu competenten Stellen sie ihre Forderungen bis zum 1. Oct. 1824 anbringen, d. h. bey welcher der zuständigen Verwaltungsstellen sie solche anmelden, oder bey welcher der hiezu competenten Gerichtsstellen sie dieselben einklagen wollten.

Eine Einklagung der Forderungen bis zum 1. October 1824 war nicht unbedingt nothwendig, weil das Gesetz nur das Anbringen der Forderungen im Allgemeinen bis zum 1. October 1824 unter dem Präjudize der Erlöschung anordnete, daher auch die bis zu diesem Tage geschehene bloße Anmeldung bey einer der zuständigen Stellen die Forderungen nicht bloß gegen jenes Präjudiz schützte, sondern in Ansehung derselben zugleich das Recht der Klagestellung auch nach dem 1. October 1824 sicherte.

Der Verordnung vom 29. Jänner 1824, die Vollziehung des Gesetzes über die Staatsschuld vom 1. Juny 1822 (Art. III) betreffend — (vid. Reg.=Bl. S. 97 und 98), — kann, in soferne sie dießfalls im directen Widerspruche mit der klaren Vorschrift des Artikels III jenes Gesetzes steht, als ohne Beyrath der Stände erlassen, eine rechtliche Wirksamkeit nicht eingeräumt werden.

München, den 31. May 1842.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.
Graf von Rechberg, Präsident.

v. Sichlern, Secretär.

---

# XVI.
## Plenar=Beschluß
### vom 26. October 1842.

(Reg.=Bl. v. 1842, Nr. 51, S. 1333 — 1340.)

---

„Die allerhöchste Verordnung vom 8. Februar 1811 — die Caducität der öde liegenden Gewerbsgerechtigkeiten betreffend — ist durch das Gesetz vom 11. September 1825 — die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend, aufgehoben."

In Folge der — durch das Gesetz vom 11. September 1825, die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend, Art. 10, Abs. 3*) (Gesetzbl. von 1825,

*) Dahin lautend: „Streitigkeiten zwischen zweyen oder mehreren Betheiligten über Erwerbung, Veräusserung, Verpachtung, Er=

St. XIV, S. 127—142) begründeten — Zuständigkeit der Civilgerichte in Beziehung auf reale Gewerbe, mußte wiederholt über die Frage oberstrichterlich entschieden werden:

ob die allerhöchste Verordnung vom 8. Febr. 1811 — die Caducität der öde liegenden Gewerbsgerechtigkeiten betreffend (Reg. Bl. von 1811, St. XII, S. 233—235), durch das Gesetz vom 11. September 1825 — die Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend, aufgehoben sey?

Der oberste Gerichtshof hat nun in einer Plenar-Versammlung diese Frage bejahend entschieden aus folgenden

## Motiven.

1) Die Verordnung vom 8. Februar 1811*) war nach Veranlassung und Zweck nur eine Erläuterung und Ergänzung des Königlichen Mandates vom 1. December 1804 — die Handwerks-Befugnisse betreffend (Bayer. Reg. Bl. von 1805, St. I, S. 43—49), und es war daher auch in den Bestimmungen

---

löschung oder Verödung von realen oder radicirten Gewerben (Art. 4), so wie über den aus einem Privatrechts-Titel hergeleiteten Besitz eines Gewerbsprivilegiums und Streitigkeiten überhaupt, bey welchen der Klagegrund auf einem privatrechtlichen Titel beruht, eignen sich von nun an zur Entscheidung des ordentlichen Civilrichters." — M. vgl. Novellen zur Bayer. Ger. Ord. neueste Ausg. v. 1838, Th. I, S. 348—358, Nr. 21.

*) Diese Verordnung lautet im Eingange folgendermassen: „Da sich über den Sinn des §. 8 Unsers Mandats vom 1. December 1804, nach welchem bestimmt ist, daß öde liegende Gewerbs-Gerechtigkeiten nicht wieder für Geld als Realitäten verkauft werden dürfen, Zweifel erhoben haben, so ertheilen Wir, nach Vernehmung Unsers geheimen Rathes, hierüber folgende Erläuterung." — —

jener Verordnung nur den Grundsätzen eine weitere Folge gegeben worden, welche dieses Mandat bereits in seinen Bestimmungen über das Gewerbswesen, und zwar insbesondere über reale Gewerbe, geltend gemacht hatte.

2) Dieses Mandat war nämlich bey der Feststellung der künftigen Verhältnisse der realen Gewerbe von dem Grundsatze ausgegangen, daß künftig kein Gewerbe mehr real gemacht werden solle, und daß auch die schon bestehenden realen Gewerbe, da sie diese Eigenschaft nur im Widerstreite mit der, schon durch die früheren gesetzlichen Bestimmungen den Gewerben gegebenen Verfassung erlangt hätten, auf ihren ersten Zustand der Unveräusserlichkeit zurück zu führen seyen.

3) Von diesem Grundsatze geleitet, gestattete das Mandat vom 1. December 1804 fortan nicht mehr, daß über reale Gewerbe ebenso wie über jedes andere Privateigenthum nach Maaßgabe der bürgerlichen Gesetze verfügt werde, sondern es ließ nur noch in einem sehr beschränkten Maaße eine Veräusserung und Vererbung der realen Gewerbe zu, und machte überdieß in allen Fällen, wo sie dieselbe noch zuließ, deren Gültigkeit von einer vorgängigen Cognition und Einwilligung oder Prosequirungslicenz der competenten Polizeybehörde abhängig.

Hiebey hatte denn

4) das Mandat vom 1. December 1804 im §. 8*)

*) Dieser §. lautet wörtlich, wie folgt: „Alle öd liegende, supprimirte, zur Zunftlade eingethanene Gerechtigkeiten können nicht wiederum für Geld als Realitäten verkauft werden, sondern, wenn die Obrigkeit ihre Erneuerung nöthig findet, soll sie solche nur mit persönlicher Berechtigung wiederum verleihen."

unter andern auch bestimmt, daß öde liegende Gewerbsgerechtigkeiten nicht mehr für Geld als Realitäten verkauft werden dürften.

Diese Bestimmung gab nun, da sich über deren Sinn Zweifel erhoben hatten, die Veranlassung zu der Verordnung vom 8. Februar 1811, welche zunächst zur Erläuterung festsetzte, daß als öde liegende Gewerbsrechte diejenigen betrachtet werden sollten, welche fünf Jahre hindurch freywillig nicht mehr ausgeübt worden seyen, mit dieser Erläuterung aber zugleich die weitere Bestimmung verband, daß das Gewerbsrecht auch schon nach Verfluß von zwey Jahren erlöschen sollte, wenn zwey Jahre hindurch die Entrichtung der Gewerbs-Abgaben unterlassen worden war*).

5) In Folge dieser Verfügungen der Verordnung vom 8. Februar 1811 waren also nunmehr die realen Gewerbe auch insoferne nicht mehr wie jedes andere Privateigenthum nach Maaßgabe der bürgerlichen Gesetze zu beurtheilen, als es sich von deren Verödung oder Erlöschung wegen Nichtausübung oder wegen sonstiger Unterlassungen handelte.

6) Dagegen sind nun durch das Gesetz vom 11. September 1825 die realen Gewerbe wieder ganz in dem, der Natur der Sache entsprechenden Umfange unter den Titel und die Aegide des Privateigenthums gestellt worden. Dieses Gesetz hat nämlich bey realen Gewerben das Realrecht des Gewerbes von der Befugniß des zeitlichen Inhabers zur selbstständigen Ausübung des Gewerbes unterschieden.

---

*) M. s. den Art. I u. II der Verordnung vom 8. Februar 1811.

Zur selbstständigen Ausübung des Gewerbes ist auch nach diesem Gesetze Art. 4, Abs. 1 und 3 der Inhaber oder rechtmäßige Erwerber eines realen Gewerbes nur dann befugt, wenn er hiezu von der competenten Polizeybehörde eine besondere Concession erlangt hat, diese Concession ist auch nach Art. 3 stets nur persönlich und unveräußerlich, und auch den Bestimmungen des Art. 6 über Erlöschung und Einstellung der Concession unterworfen.

Bezüglich des Realrechtes des Gewerbes aber hat das Gesetz vom 11. September 1825 im Art. 4, Abs. 1 und 2 festgesetzt, daß auf die Verfügungen über dasselbe der für die Gewerbe aufgestellte Grundsatz der Nothwendigkeit einer polizeylichen Concession und der Persönlichkeit und Unveräusserlichkeit derselben keinen Einfluß mehr haben solle, vielmehr über das Realrecht des Gewerbes wieder wie über jedes andere Privateigenthum nach Maaßgabe der bürgerlichen Gesetze verfügt werden könne.

In Uebereinstimmung mit dieser Verfügung hat denn auch das Gesetz zugleich im Art. 10, Abs. 3 wieder alle das Realrecht des Gewerbes betreffenden Streitigkeiten zur Entscheidung an den ordentlichen Civilrichter hingewiesen.

7) Nach dem Gesetze vom 11. September 1825 ist also im Gegensatze zu dem Mandate vom 1. December 1804 bey realen Gewerben das Realrecht des Gewerbes wieder als ein von den Bestimmungen über Gewerbsconcessionen ganz unabhängiges Vermögens-Recht anerkannt, und die Dispositionsbefugniß über dasselbe wieder lediglich nach den bürgerlichen Gesetzen zu bemessen. Es können daher auch über die

Erlöschung oder Verödung des Realrechtes des Gewerbes die Bestimmungen der Verordnung vom 8. Februar 1811 nicht mehr entscheiden, da dieselben nur für die Gewerbsrechte, wozu die Concession des Staates erfordert wird, gegeben waren, und in diese Cathegorie das Realrecht des Gewerbes nur in Folge des Mandates vom 1. December 1804 gehört hatte.

Ueberdieß hat aber auch

8) das Gesetz vom 11. September 1825 selbst über die Erlöschung der Concession im Art. 6 neue und umfassende Bestimmungen gegeben, und hiebey die in der Verordnung vom 8. Februar 1811 festgesetzten Erlöschungsgründe nur zum Theile wieder, und zwar nur als wirksam in Beziehung auf die Concession, sanctionirt.

Es mußte daher diese Verordnung, als eine den Bestimmungen des Gesetzes vom 11. September 1825 entgegenstehende, nach Art. 12 dieses Gesetzes als aufgehoben betrachtet werden.

München, den 26. October 1842.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Wegen Verhinderung des Königl. Präsidenten:

v. Gerngroß, Director.

Sighart, Secretär.

# XVII.

## Plenar-Beschluß

### vom 10. December 1842.

(Reg.-Bl. v. 1843, Nro. 2, S. 28 — 38.)

„Der Oberrichter, welcher die Beschwerde gegen die nachgeschlossenem Verfahren ausgesprochene Abweisung der Klage, oder Entbindung des Beklagten von derselben für gegründet erachtet, hat

a) sein Erkenntniß auf die Nichtabweisung der Klage (oder Nichtentbindung des Beklagten von derselben) und Verweisung an die betreffende Instanz zur weiteren Aburtheilung in den Fällen zu beschränken, in welchen sich die Abweisung oder Entbindung als das Ergebniß der Lösung einer, die Sachbitte des Klägers nicht entscheidenden Vorfrage darstellt,

b) in der Hauptsache selbst aber zu erkennen, wenn die Abweisung oder Entbindung auf der Schlußfolgerung beruht, welche sich aus der Beurtheilung des zur Begründung der Sachbitte Vorgebrachten, in Bezug auf diese ergab."

Bey dem obersten Gerichtshofe haben sich entgegengesetzte Entscheidungen über die Frage ergeben:

ob der Oberrichter, wenn er die vom Unterrichter ausgesprochene bedingte oder unbedingte Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt findet, sich auf die Verfügung der Nichtabweisung der Klage und Zurückweisung zum weiteren Erkenntnisse

zu beschränken, oder selbst in der Sache, so weit sie spruchreif ist, zu erkennen habe.

Dieselbe wurde daher der Plenar-Berathung unterstellt, und, wie oben geschah, entschieden aus folgenden

## Motiven.

1) Der Natur der Sache nach tritt der Devolutiveffect immer in demselben Umfange ein, welchen das Erkenntniß des vorigen Richters in dem durch die Beschwerde angefochtenen Theile hat. Beruht also dasselbe auf der, aus dem Vorbringen des Klägers sich ergebenden Folgerung bezüglich der Sachbitte; so ist in der Formel der Abweisung der Klage (oder der Entbindung des Beklagten von derselben), sey es unbedingt, oder in der angebrachten Art, oder zur Zeit, ausgedrückt, daß sich aus dem klägerischen Vorbringen eine der Sachbitte entsprechende Schlußfolgerung nicht bilden lasse. Im Falle der Berufung gegen dieses Erkenntniß muß sohin die Sache auch in eben diesem Umfange, welchen das Erkenntniß als über die Sachbitte entscheidende Schlußfolgerung hat, devolut werden, also nicht lediglich in Ansehung der Frage: ob die Klage nicht abzuweisen sey, sondern: ob die Schlußfolgerung der Sachbitte entsprechend zu bilden ist, und zwar jezt schon, oder nach vorgängigem Beweise jener Thatsachen, welche, obgleich taugliche Prämissen der Sachbitte, doch zur Gewißheit noch nicht gebracht sind; denn

2) es wäre inconsequent, wenn dem Oberrichter nur bey vorliegender Gewißheit der von ihm für relevant erachteten Thatsachen das Erkenntniß in der Hauptsache eingeräumt werden wollte, nicht aber das etwa noch erforderliche interlocutorische. Auch das Erkenntniß auf Beweis enthält nichts anderes, als die über den factischen Klagegrund und die Sachbitte ent-

scheidende Schlußfolgerung. Wenn also die Befugniß zu dieser in dem Devolutiveffect liegt, so kann der Umstand, daß dieselbe für jetzt nur noch bedingt zu machen ist, nichts abändern.

Der Oberrichter spricht sich in jedem Falle über die Relevanz der Thatsachen aus, auf welche seine Schlußfolgerung gestützt ist. Bey noch mangelnder Gewißheit der Thatsachen aber kann er sich über deren Relevanz nur in der Form des Beweis-Interlocuts aussprechen, weil die Relevanz der Thatsachen, und die Frage, ob sie noch des Beweises bedürfen, nicht Gegenstand verschiedener Erkenntnisse seyn kann, indem eine solche Trennung des Erkenntnisses nach verhandelter Sache der Gerichtsordnung unbekannt ist, und dem Proceßgesetze vom 17. November 1837 widerstreitend wäre, dessen Zweck vielmehr in der Vereinfachung und Beschleunigung des Proceßganges besteht.

Von einem Verluste des Instanzenzuges aber kann dabey nicht die Rede seyn; denn die Frage besteht darin: welche Schlußfolgerung bezüglich der klägerischen Sachbitte aus den dafür aufgestellten Prämissen sich ergibt, und diese Frage durchwandelt eben die gesetzlichen Instanzen, welche vielmehr verdoppelt würden, wenn sich der Oberrichter nur auf das Erkenntniß über die Relevanz der Prämissen beschränken sollte.

Ueberdieß steht die Beurtheilung der Beweislast mit jener des in Frage befangenen Rechtsverhältnisses immer in der engsten Verbindung; denn die Würdigung des Klagegrundes führt von selbst zur Lösung der Frage nach den zur Begründung jenes Rechtsverhältnisses erforderlichen Thatsachen, welchem die Sachbitte des Klägers angepaßt ist. Die Subsumtion der thatsächlichen Behauptungen unter den Begriff, welchen die Gesetze von einem bestimmten Rechtsgeschäfte oder Ver-

hältnisse geben, entscheidet daher zugleich über die Frage, welche Thatsachen wesentlich zum Klagegrunde gehören, also auch vom Kläger zu beweisen sind. Die Beurtheilung des Klagegrundes und die Bestimmung der Beweislast können also ebenfalls nicht getrennt werden, ohne daß die Einheit und die Vollständigkeit der Schlußfolgerung aufgehoben, und die logische Function des Oberrichters zerrissen würde. Ein anderer Sinn

3) kann auch der Gerichtsordnung Cap. XV, §. 9, Nr. 1 nicht unterstellt werden. Sie bestimmt, daß die Streitsache nach dem Maaße der eingewandten speciellen Beschwerde sammt allem dem, was davon abhängt, an den Oberrichter devolut wird. Darnach also ist es nicht genug, daß dieser nur den Ausspruch gibt: die Beschwerde ist gegründet. Demnach würde das Erkenntniß lediglich auf Nichtabweisung der Klage und Zurückweisung der Sache an den unteren Richter in der That nichts anderes ausdrücken, als daß die gegen die unterrichterliche Conclusion erhobene Beschwerde gegründet sey. Allein die Gerichtsordnung verlangt in dem Beysatze: nebst allem, was davon abhängt, daß der Oberrichter die Folge davon ausspreche, wenn er die Beschwerde gegründet findet, also, daß er festsetze, welches Resultat bezüglich der Sachbitte sich ergibt. Außerdem würde der Oberrichter dasjenige, was von der Beschwerde abhängt, von sich weisen. Dieses vorausgesetzt, ist es gleichgültig, ob zwey frühere Instanzen die Klage abgewiesen haben, oder ob in erster Instanz auf Beweis erkannt worden war. Im letzteren Falle kommt es darauf an, ob der Kläger oder der Beklagte eventuell gegen das Beweis-Interlocut Beschwerde ad II^dam erhoben hatte oder nicht. Dort leben in III^a, wenn die Beschwerde gegen die in zweyter Instanz ausgesprochene Abweisung der Klage gegründet

befunden wird, auch die Beschwerden gegen den Inhalt des Erkenntnisses I^ae wieder auf, und der oberste Richter muß folgeweise auch diese nun seiner Prüfung unterwerfen.

4) Diese Grundsätze führen zu der in dem obigen Beschlusse sub a und b gemachten Unterscheidung.

Dabey kann es aber nicht von dem Beklagten abhängen, einen Umstand, welcher seiner Natur nach eine selbstständige Vorfrage nicht ist, durch den Gebrauch der Einredeform zu einer solchen zu machen. Dieses gilt insbesondere von der sogenannten exceptio libelli inepti, der fehlenden, oder der mangelhaften Klagebegründung. Solche Bemängelungen des Klagewerks sind weder wahre Einreden, noch kann der Richter dieselben prüfen, ohne auf das Verhältniß zwischen den Prämissen des Klägers und der Sachbitte einzugehen, und die Folgerung festzustellen. Solche Voreinreden sind immer nur eine Anticipation, oder eine Erläuterung der negativen Einlassung, und es ist ganz gleichgültig, ob eine solche Deduction gegen die Klage in der Form einer Voreinrede mit der Erklärung, sich nur eventuell einzulassen,

Proceßgesetz von 1837 §. 24 u. fg.

vorgebracht wurde, oder in der Einlassung selbst, oder gar nicht, theils, weil der Richter die Prämissen zur Begründung der Sachbitte schon von Amtswegen prüfen muß, theils weil er auch diese sogenannte Voreinrede nicht ohne Eingehung in die Hauptsache, nicht als einen für sich selbstständigen Punkt zu entscheiden vermöchte.

Wäre also auch in Folge der vom Beklagten gebrauchten Einredeform mit der Erklärung, sich nur eventuell einzulassen, die Urtheilsformel: daß der Beklagte nicht schuldig sey, sich auf die Klage einzulassen,

angewandt, sohin aus der Begründung der Klage scheinbar eine Vorfrage gemacht worden, so läge doch immer in diesem Erkenntnisse die Lösung einer über die Sachbitte selbst entscheidenden Vorfrage, und dasselbe wäre von dem Erkenntnisse auf Abweisung der Klage in der angebrachten Art nicht verschieden. Daher

5) weil auch ein Umstand, welcher der Natur der Sache nach keine Vorfrage ist, mittelst der Einredeform zu einer solchen gemacht werden könnte, müssen die Vorfragen, deren Lösung eine Entscheidung über die Sachbitte enthält, von denjenigen getrennt werden, welche über die Sachbitte nicht entscheiden, und die Zuläßigkeit der Zurückweisung an den Unterrichter zum weiteren Erkenntnisse in der Hauptsache tritt nur in denjenigen Fällen ein, in welchen die von demselben ausgesprochene Abweisung der Klage ꝛc. auf der Lösung einer Vorfrage der letzteren Art beruht. Denn hier konnte die Sache nur bezüglich der für sich selbstständigen Vorfrage devolut werden, obgleich die Urtheilsform der (unbedingten oder bedingten) Abweisung der Klage, oder Entbindung des Beklagten von derselben gebraucht worden war. Von den über die Sachbitte entscheidenden Vorfragen müssen aber diejenigen unterschieden werden, welche dieselbe nur berühren, ohne sie zu entscheiden, wie z. B. die als exceptio litis ingressum impediens vorgeschützte res judicata, welche eine Untersuchung der Identität der Klagepetiten erforderlich macht. Der Umstand, daß durch die Vorfrage die Sachbitte berührt wird, kann der Zurückweisung an den Unterrichter zum weiteren Erkenntnisse nicht in den Weg treten, weil in der Lösung einer solchen Vorfrage keine Conclusion des Unterrichters über das Petitum aus den dafür aufgestellten Prämissen vorliegt, die Sache also auch bezüglich dieser nicht devolut werden

konnte. Selbstständige Vorfragen können übrigens bald durch Einreden, bald nur durch die richterliche Reflexion erzeugt werden, und es ist jedesmal aus der Natur der Sache, und aus den Entscheidungsgründen zu bemessen, ob es sich um eine selbstständige Vorfrage handelt, wie z. B. bey einer exceptio litis finitae, oder im Falle der unstatthaften Klagenhäufung, der unrecht gewählten Proceßart, bey Präjudicialeinreden, bey den forideclinatorischen Einreden u. dgl.

6) Beruht also die Abweisung der Klage ꝛc. auf einer falschen Schlußfolgerung des Unterrichters bezüglich der Sachbitte, weil er das klägerische Vorbringen, in seinem factischen Theile unrichtig aufgefaßt, oder in dessen Subsumirung unter die Gesetze einen Fehler begangen hat z. B. auch dadurch, daß er ein verbietendes Gesetz anwandte, und die Zuständigkeit des Klagerechts nicht annahm, oder weil er einer Einrede z. B. auch, daß es dem Geschäfte an der gesetzlich vorgeschriebenen Form gebreche, in Beziehung auf den Klagegrund Wirkungen beylegte, welche ihr nicht zukommen, so tritt der Devolutiveffect immer in demselben, die Sachbitte selbst erfassenden Umfange ein, und der Oberrichter muß nun dasjenige aussprechen, was der Unterrichter dem wahren Sach- und Rechtsverhältnisse zufolge bezüglich der Sachbitte hätte aussprechen sollen, ohne Unterschied, ob die Abweisung der Klage ꝛc. unbedingt, oder in angebrachter Art, oder wie bey den, die merita causae betreffenden dilatorischen Einreden, zur Zeit erfolgt war. Denn auch in den letztern Fällen beruht das Erkenntniß auf der richterlichen Conclusion über die Sachbitte selbst, wie solche in concreto begründet, oder der Anspruch jetzt schon geltend gemacht werden wollte. Uebrigens aber

7) liegt es in den Folgen der Eventual-Maxime

und den Bestimmungen der Gerichtsordnung Cap. VI, §. 2, sowie des Proceßgesetzes von 1837, §. 24 fg., daß der Oberrichter sowohl in dem Falle a als b das Erkenntniß bestätigen müßte, wenn die Abweisung der Klage rc. zwar nicht aus dem vom Unterrichter angenommenen Grunde, aber aus einem andern zu rechtfertigen wäre, welchen entweder die richterliche Reflexion in der Prüfung des Klagewerks von selbst schon erzeugen, oder welcher durch eine anderweitige Einrede an die Hand gegeben würde, deren Würdigung der Unterrichter für überflüßig gehalten hatte. Eine Zurückweisung der Sache zur Prüfung der anderweitigen Einreden oder Abweisungsgründe findet nicht statt. Endlich

8) können etwaige Anträge der Partheyen auf Zurückweisung oder Nichtzurückweisung keine Berücksichtigung finden, wenn sich die Sache dazu nicht eignet; denn ein Conventionalproceß findet nicht statt, und seine Competenz hat der Richter unabhängig von der Willkühr einer Parthey selbst zu prüfen.

München, den 10. December 1842.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Bey Verhinderung des K. Präsidenten:

von Gerngroß, Director.

Nickels, Secretär.

# XVIII.

## Plenar-Beschluß

vom 20. April 1843.

Reg.-Bl. v. 1843. Nr. 16, S. 347 — 351.

---

„Bei Anwendung des Anastasianischen Gesetzes auf eine nach gemeinem Rechte zu entscheidende Streitsache ist der Beweis hinsichtlich des Betrags der für die cedirte Forderung geleisteten Zahlung dem Kläger (Cessionar) aufzulegen."

## Motive.

1) Nach der in const. 22. C. mandati (4. 35.) enthaltenen Vorschrift des Kaisers Anastasius kann derjenige, welcher eine Forderung käuflich an sich gebracht hat, nicht mehr, als er selbst dafür bezahlt hat, nebst den hievon zu berechnenden Zinsen, gegen den Schuldner einklagen (usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere).

Der von dem Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck „actionem exercere" bedeutet soviel, als: eine Klage anstellen, ein Klagrecht ausüben.

Vergl. fr. 60. D. de procurator. (3. 3.); fr. 32 de dolo malo (4. 3.); fr. 31 de recept (4. 8.); fr. 20 de inoffic. testam. (5. 2.); fr. 17 de hered. petit. (5. 3.) const. 12. C. de pactis (2. 3.)

Wenn nun das Gesetz sagt, daß der Cessionar nur den Betrag, welchen er dem Cedenten gezahlt hat, gegen den Schuldner einklagen dürfe, so folgt daraus, daß die Angabe dieses Betrags zum Klaggrunde gehöre. Bei Anstellung der Klage können nur zwei Fälle eintreten: entweder gibt der Cessionar in der Klagschrift den (gleich großen oder geringeren Betrag) an, welchen er für die Forderung gezahlt haben will, oder er übergeht diesen

Punkt mit Stillschweigen. Widerspricht nun im ersten Falle der Beklagte, daß der Cessionar die Zahlung in dem von ihm angegebenen Betrage geleistet habe, so ist dieses offenbar eine theilweise Abläugnung des faktischen Klaggrundes; im zweiten Falle hat der Kläger dadurch, daß er den ganzen Betrag der cedirten Forderung einklagte, die Behauptung aufgestellt, den ganzen Betrag für die cedirte Forderung gezahlt zu haben, weil nur unter dieser Voraussetzung seine Klage nach ihrem ganzen Umfange gegründet wäre.

Wenn nun der Beklagte unter Berufung auf das Anastasianische Gesetz das Klagrecht auf den ganzen Betrag bestreitet, so wird dadurch von ihm ein in der Klagschrift (wenn auch nicht wörtlich) enthaltener Thatumstand hervorgehoben, und widersprochen, wonach auch hier wieder eine negative Litiscontestation vorliegt. Weder in dem einen, noch in dem anderen Falle wird also von dem Beklagten eine selbstständige faktische Behauptung, durch welche das Klagrecht theilweise zerstört werden soll, aufgestellt, und daher ist auch in beiden Fällen durch die Berufung auf das Anastasianische Gesetz eine eigentliche Einrede nicht gegeben.

Diesem zufolge gehört die Angabe des dem Cedenten gezahlten Betrags in den Klagvortrag und daher kann im Falle eines Widerspruchs die Beweislast nach bekannten Rechtsgrundsätzen nur den Kläger treffen.

2) Wenn ohngeachtet der deutlichen Fassung des Gesetzes die gegentheilige Ansicht geltend gemacht werden konnte, so ist die Ursache davon zunächst in Rücksichten der Billigkeit zu suchen, indem man von der Voraussetzung ausging, der Gesetzgeber habe unmöglich beabsichtigen können, die Lage eines Cessionars, welcher den vollen Betrag der Forderung gezahlt habe, dem nur um einen Gewinn (de lucro captando) streitenden Schuldner gegenüber in der Art zu verschlimmern, daß

ihm ein sehr schwer zu stellender Beweis aufgebürdet werde. Eine solche Härte würde sich aber dem Anastasianischen Gesetze nur dann mit Grund unterstellen lassen, wenn der dem Cessionar obliegende Beweis nicht durch die Quittung des Cedenten, namentlich nicht durch eine im Cessions-Instrumente selbst vorkommende Empfangsbescheinigung desselben über den ganzen Betrag der Forderung gestellt werden könnte. Nun wurde auch früher häufig der Satz aufgestellt, daß die Empfangsbescheinigung des Cedenten ohne Beweiskraft sey; man vermuthete nämlich hiebei eine Simulation zu Umgehung des Gesetzes, und erklärte die Empfangsbescheinigung des Cedenten als verdächtig. Allein diese Annahme verstößt gegen den in den Gesetzen vielfach wiederholten Grundsatz, daß Simulationen nicht vermuthet werden.

§. 17. J. de inutil. stipul. (3. 20.); §. 8. J. de fidejuss. (3. 21.); fr. 30. D. de V. O. (45. 1.); const. 14. C. de contr. et committ. stipul. (8. 38.)

Vielmehr muß die von dem Cedens über die Zahlung des vollen Betrags ausgestellte Empfangsbescheinigung, durch welche ein Geständniß desselben beurkundet wird, ebenso wie das über die Thatsache der Cession selbst ausgefertigte Document (die Aechtheit dieser Urkunden vorausgesetzt) als beweiskräftig anerkannt werden. Wenn daher der Cessionar mit der Klagschrift eine solche tadelfreie Empfangsbescheinigung übergibt, und der Beklagte sie in der Vernehmlassung als ächt anerkennt, so hat der Kläger der ihm obliegenden Beweispflicht genügt, und es ist alsdann Sache des Beklagten, wenn er eine Simulation behauptet, den Beweis derselben zu führen.

München, den 20. April 1843.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

E. A. v. Zink, Director.

Dr. Fertig, Secretär.

# XIX.

## Plenar-Beschluß

### vom 21. April 1843.

(Reg.-Bl. v. 1843, Nro. 15, S. 332 — 338.)

---

„Der Umstand allein, daß ein Standesherr oder anderer Gutsherr sein Gut nicht selbst verwaltet, kann in einem seine Gutsverhältnisse betreffenden Rechtsstreite einen Grund nicht darbieten, von der Vorschrift des Gesetzes vom 11. Januar 1806, nach welcher die Eide in der Regel von den Parteien persönlich geschworen werden sollen, die Ausnahme zu machen, daß einer oder mehrere seiner Beamten statt seiner zum Schwure gelassen werden."

## Motive.

Das Gesetz vom 11. Januar 1806. (Regierungsblatt vom Jahre 1806. S. 33.) verordnet, daß der Eid in der Regel von der Partei persönlich abgeschworen werden soll; es gestattet aber außer dem Falle, wo der Gegner es bewilligt, auch dem Richter die Eidesleistung durch einen Anwalt in die Seele der Partei zuzulassen, wenn erhebliche Ursachen hiefür vorhanden sind.

Welches diese Ursachen sind, ist nun zwar dem richterlichen Ermessen überlassen; so wie aber dieses auf die Grundsätze des bayerischen Civilprozesses und des vermöge Promulgations-Patents vom 14. Dezember 1753 subsidiär geltenden gemeinen Civilprozesses gebaut seyn muß, so muß es bei gleichen Verhältnissen auch immer das gleiche Ermessen seyn.

Der Parteieneid kann seiner Natur nach nur von

der Partei, nicht aber von einem Dritten geschworen werden; der Dritte kann nur Zeuge seyn. Mandatare, wenn sie für ihre Mandanten aussagen, sind verdächtige Zeugen, und können, selbst in bedeutender Zahl nie einen vollständigen Beweis liefern. Cod. jud. cap. 10. §. 12, Nro. 3, und Anmerkungen hiezu Buchstabe e. Es wäre mit dem Gesetze nicht vereinbar, wenn man einem Mandatar oder mehreren derselben die Rolle der Partei übertragen und ihrem Eide die demselben gesetzlich entzogene Kraft beilegen wollte, einen vollständigen Beweis zu liefern. Es wäre eine solche Gestattung eine um so grössere Gefährdung des Gegners, als hierdurch dem Mandanten Gelegenheit geboten würde, jene Zeugen, die für ihn nie vollen Beweis liefern könnten, nicht als Zeugen, sondern als Mandatare zur Eidesleistung aufzustellen.

Jene Fälle, wo die Gesetze zulassen, daß für eine Partei durch einen Stellvertreter geschworen werde, sind theils das Produkt einer unabweisbaren Nothwendigkeit, weil die Partei unfähig oder absolut verhindert ist, einen Eid zu leisten, theils wird dort vorausgesetzt, daß der Stellvertreter gewissermassen mit der Partei selbst in einer Personen-Einheit stehe: es bilden jene Fälle, namentlich der Eid für juristische Personen, für Wahn- oder Blödsinnige, für Eidesunmündige, dann der Eid des Cedenten, lediglich Ausnahmen von der Regel und eine analoge Ausdehnung dieser Ausnahmen wäre nicht, was die Aufgabe der Rechtsanalogie ist, die Ergänzung einer Lücke des Gesetzes, sondern die Zerstörung der im Gesetze ausgesprochenen Regel.

Auch der Umstand, daß der Mandatar bessere Wissenschaft von dem zu beschwörenden Gegenstande habe, als der Mandant, kann es nicht rechtfertigen, jenen für diesen schwören zu lassen; denn damit wäre wieder nichts anders gestattet, als daß ein verdächtiger Zeuge

die Rolle der Partei übernehme und damit eine Glaubwürdigkeit erhielte, welche ihm die Gesetze abgesprochen haben. Hat die Partei die zum Eide erforderliche Wissenschaft von dem zu beschwörenden Gegenstande nicht, kann sich aber solche verschaffen, so ist es ihre Sache, dieselbe zu erlangen und sie kann sich allenfalls hiezu eine Frist erbitten, — spatium ei dandum, ut certioretur, et sic juret. Fr. 34. pr. D. de jurejur. Kann sie sich aber solche nicht verschaffen, so ist sie eben in der Lage, wo ihr weder die persönliche Leistung des Eides, noch die Eidesleistung durch eine Mittelsperson in ihre Seele aufgetragen oder zugelassen werden kann.

Was insbesondere die Standesherren oder Gutsherren betrifft, so ist der Umstand, daß sie häufig ihre Güter nicht selbst verwalten, kein Grund, sie von den allgemeinen Rechtsregeln zu befreien, so wie es auch kein Grund ist, Kaufleute, Fabrikanten oder Banquiers deshalb von der persönlichen Eidesleistung zu entbinden, weil sie ihre Geschäfte durch Faktoren, Buchhalter oder Commis verrichten lassen.

Schon zur Zeit des deutschen Reichs waren fürstliche Personen von den Bestimmungen des gemeinen Rechts nicht ausgenommen. Puetter primae lineae juris privati principum Germaniae §. 2. Die Reichsgesetze befreiten die Fürsten nicht von der persönlichen Leistung des als Beweismittel dienenden Parteieneides; im Gegentheil, nach einem Reichshofraths=Dekrete vom 26. Februar 1714 (abgedruckt in Schmauss corp. jur. germ. publ. pag. 1264) hatte Jeder ohne Unterschied des Standes in der Regel in Person zu schwören. Die teutsche Bundesacte Art. 14. setzt lediglich fest, daß die Standesherren mit ihren Familien die privilegirteste Klasse in dem Staate bilden, zu dem sie gehören; eine Befreiung von der persönlichen Eidesleistung kommt hie=

bei nicht vor, sondern es wird hinsichtlich der näheren Bestimmungen der Befugnisse der Standesherren verordnet, daß hiebei die königl. bayer. Verordnung vom Jahre 1807 als Basis und Norm unterlegt werden soll. Diese unterm 19. März 1807 ergangene Verordnung sichert Lit. A. §. 1. den Mediatisirten nur jene persönlichen Vorzüge und Rechte zu, welche der ersten Klasse des Adels im Königreiche wirklich zustehen, oder künftig werden ertheilt werden. Da nun bis zu jener Verordnung ein solches Privilegium wegen der Eidesleistung für die jetzigen Standesherren nicht gegeben war, wie auch in den Anmerkungen zur bayer. Gerichtsordnung cap. 13. §. 1. Buchst. c. bemerkt ist, so hat die Verordnung vom Jahre 1807 auch ein solches nicht bestätigt, im Gegentheil — es hat diese Verordnung Buchst. A. §. 14. alle Privilegien und Freiheiten, welche die subjicirten Fürsten und Grafen aus ihrem vormaligen Verhältnisse zum teutschen Reiche genossen haben, als erloschen erklärt, so ferne sie nicht die königliche Bestätigung erhalten haben.

In der Verfassungsurkunde vom 26. May 1818, welche im Eingange das Princip „Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze" verkündet, ist abermals von keiner Befreiung der Standesherren oder Gutsherren von der persönlichen Eidesleistung die Rede, und in den Beilagen IV und VI zur Verfassungsurkunde, wo die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherren und Gutsherren auf's Neue regulirt sind, kommt wieder von einer solchen Befreiung derselben nichts vor.

Die Befugniß der Standesherren für die Verwaltung ihrer Patrimonialeinkünfte eine Stelle unter dem Namen Domanialkanzlei zu errichten; enthält keine fiskalischen Rechte, diese sind vielmehr nur Ausfluß der Staatsgewalt und gerade dadurch, daß jene Stelle der

Deklaration vom Jahre 1807, welche die erwähnte Befugniß verleiht, von Verwaltung der Patrimonialeinkünfte der Standesherren spricht, ist der Mißdeutung vorgebeugt, als gäbe es einen standesherrlichen Fiskus.

Der Umstand also, daß ein Standesherr oder anderer Gutsherr sein Gut nicht selbst verwaltet, kann eine Ausnahme von der Regel des Gesetzes vom 11. Januar 1806 nicht begründen; ob und wieferne aber der Umstand, daß ein Standesherr, Gutsherr oder sonst Jemand, sein Gut oder Vermögen nicht selbst verwaltet, andern Gründen der Gestattung der Eidesleistung durch einen Mandatar in die Seele des Mandanten als Nebenbehelf dienen könne, hierüber ist ein Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofs zur Zeit nicht veranlaßt.

München, den 21. April 1843.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

E. A. von Zink, Direktor.

Dr. Fertig, Sekretär.

---

# XX.

## Plenar=Beschluß

### vom 22. April 1843.

(Reg.=Bl. v. 1843, Nro. 16, S. 351 — 355.)

---

„Nach bayerischem Landrechte gebührt der Ehefrau, insoferne nicht ein anderes ausdrücklich bedungen worden, nach dem Tode ihres Ehemannes

aus der Concurs-Masse desselben neben dem Heirathgute auch noch der lebenslängliche Nießbrauch der Widerlage."

## Gründe.

1) Nach dem bayerischen Landrechte Theil I. Kap. 6. §. 14. 2do und 3tio ist der Mann seiner Ehefrau zur Bestellung einer Widerlage in Ansehung des von ihr eingebrachten Heirathgutes „verbunden" und im Falle nicht mehr oder weniger bedungen worden, „ist man der Ehefrau so viel, als das Heirathgut beträgt, pro Contradote schuldig."

Nach §. 36, 7mo und §. 38, 3tio ebendaselbst „folgt der Ehefrau," welche dem Manne „ein gewiß' und rechtes Heirathgut zugebracht hat," — nach dem Tode desselben, gleichviel ob Kinder aus dieser oder einer frühern Ehe vorhanden sind, oder nicht, — in Ermanglung anderweitiger Verabredung auf diesen Fall „nicht nur das Heirathgut, sondern auch die Widerlage, jedoch diese nur nutznießlich, so lange sie lebt."

Die Gerichts-Ordnung Cap. XX. §. 6, 3tio hatte schon früher den Ehefrauen zur Sicherung dieses gesetzlichen Anspruches ein stillschweigendes, obwohl nur unbevorzugtes Pfandrecht verliehen, an dessen Stelle inzwischen nach der Prioritäts-Ordnung von 1822 §. 23 Nr. 3 ein Vorzugsrecht in der vierten Classe getreten ist.

2) Da in all' diesen gesetzlichen Bestimmungen der Nießbrauch der Widerlage nach dem Tode des Mannes, sein Vorabsterben vorausgesetzt, der Ehefrau mit und neben dem ihr ohnedieß gebührenden Heirathgute eingeräumt ist, und einer alternativen oder subsidiären Beziehung zu dem letztern nirgends Erwähnung geschieht, — da insbesondere die angeführten §§. 36 und 38 des Land-

rechts am angeführten Orte nicht von einem Erbrechte der Ehefrau handeln, sondern die ihr nach dem Tode des Mannes in Kraft des Ehevertrages zustehenden und auf seinem Vermögen als eine wahre Schuld haftenden Ansprüche erörtern und feststellen; — so kann auch an der Geltendmachung ihrer Rechte auf jenen lebenslänglichen Nießbrauch, vom Tode des Mannes anfangend, der Umstand nichts ändern, daß über das Vermögen des letzteren, gleichviel ob schon während seines Lebens, oder erst nach seinem Tode, der Concurs ausbricht und in demselben die Ehefrau ihr Heirathgut vollständig rettet, so daß sie nur bezüglich der nach Umständen unbedingten oder blos eventuellen Liquidation der Widerlage mit den Gläubigern des Mannes in eine nach den Vorschriften der Prioritäts=Ordnung zu lösende Collision gerathet.

3) Für das Gegentheil könnte sich nur auf die Anmerkungen zum Landrechte Theil I. Kap. 6. §. 14. Nro. 5 und 6 berufen werden, wonach die Ehefrau „nach aufgelöster Ehe ihre Widerlage nur so weit soll vindiciren können, als sie mit dem Heirathgute in Verlust stehet," — und zu §. 37 am Ende, wo es heißt: „die Widerlage möge regulariter nur in subsidium dotis gefordert werden." Allein daß diese Stellen nur vom Capitale der Widerlage im Gegensatz des hievon wohl unterscheidbaren lebenslänglichen Nießbrauches sprechen, bewährt die erstere von beiden, in ihrem Zusammenhange aufgefaßt, indem sie im wesentlichen fortfährt: „Ist aber das Heirathgut in salvo — . . . so gehört die Widerlage de jure Com. den Erben des vorabsterbenden Ehemannes; . . ex Statuto (d. i. nach bayr. Prov.=Rechte) lucrirt dagegen die Ehefrau nach Vorabsterben ihres Ehemannes von der Widerlage hier zu Land mehr nicht, als den lebenslänglichen Nießbrauch." —

4) Von einem reinen Gewinne der Frau zum Nach=

theile der Gläubiger, die nur Schaden von sich abwenden wollen, — oder von einer Zuwendung durch Handlungen der Freigebigkeit kann hiebei, um die gesetzlichen Ansprüche der Frau auf jenen Nießbrauch zu beseitigen, nicht die Rede seyn, weil das Einbringen der Brautgabe als Grundbedingniß für eine Widerlage, die sich alsdann von selbst bewerkstelliget, die Verpflichtungen des Mannes in Bezug auf die letztere in den Betracht einer Gegenleistung stellt, — weil ferner auch dem Manne nach aufgelöster Ehe der lebenslängliche Nutzgenuß des Heirathgutes zusteht. (L. R. I. 6. §. 37 6to.) Jene Vorschrift des Landrechts daher als einfache Consequenz des Princips der Reciprocität erscheint, welches den Wechselbeziehungen der Dos und Donatio propter nuptias in Absicht der ehelichen Vermögens-Verhältnisse zur Grundlage dient.

Die in Anregung gekommenen Zweifel waren daher nach Ansicht des Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse betreffend, durch die Aufstellung des obengegebenen Satzes zu heben.

München, den 22. April 1843.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Allweyer, Direktor.

Dr. Fertig, Secretär.

## XXI.

## Plenar-Beschluß

### vom 26. April 1843.

(Reg.-Bl. v. 1843, Nro. 18, S. 373 — 380.)

„Wenn die Vorinstanzen unter Verwerfung der von dem Beklagten zur Beseitigung der Streitsein-

lassung entgegengesetzten Einreden ein Erkenntniß in der Hauptsache erlassen haben, so ist gegen jene Verwerfung eine Beschwerde an die dritte Instanz, und zwar ohne vorausgegangene Verwahrung zulässig."

Bei dem obersten Gerichtshofe haben sich entgegengesetzte Entscheidungen über die beiden Fragen ergeben:

I. Ob, wenn die Vorinstanzen unter Verwerfung der von dem beklagten Theile zur Beseitigung der Streitseinlassung entgegengesetzten Einreden (Prozeßgesetz vom 17. November 1837 §. 27 — 28.) ein Erkenntniß in der Hauptsache erlassen haben, gegen jene Verwerfung eine Berufung an die dritte Instanz zulässig sey?

II. Ob es hiezu einer vorausgegangenen Verwahrung bedürfe?

Diese Fragen wurden nach Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Plenarberathung unterstellt, und in obiger Art beantwortet aus folgenden

## Motiven:

Zu I. Die Bestimmung der Ziff. 3. §. 19. in Verbindung mit Ziff. 1. §. 20 des Gesetzes vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, ist durch das spätere Prozeßgesetz vom 17. November 1837 gänzlich ausser Wirksamkeit gesetzt. Denn

1) Gemäß der Gerichtsordnung war der Beklagte, welcher die im Cap. VI. §. 3. Ziff. 2 — 3 bezeichneten Einreden der Klage entgegensetzte, nicht verbunden, sich auch nur eventuell in die Hauptsache selbst einzulassen, und diese Bestimmung ist auch in dem Gesetze vom 22. Juli 1819 beibehalten worden.

2) Demzufolge konnte in solchen Fällen nur über diese Einreden entschieden, und bei deren Ungrund auf Streitseinlassung, keineswegs aber in der Hauptsache selbst erkannt werden, wozu noch gar keine Veranlassung gegeben war.

3) Dieser Ausspruch war ein selbstständiger, von jenem in der Hauptsache durchaus verschiedener, konnte mithin auch durch eine selbstständige Berufung angegriffen werden, und erst nach Erledigung dieses Punktes kam es zur Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache.

Nur diese selbstständigen Urtheile auf Streitseinlassung nach Verwerfung der prozeßhindernden und präjudiziellen Einreden im Gegensatze zu den gerichtsablehnenden lagen den Bestimmungen der Ziff. 3. des §. 19 und Ziff. 1. §. 20 zu Grunde, sie waren nicht mehr anwendbar, wenn das Gericht zugleich in der Hauptsache erkannt hatte.

4) Das Gesetz vom 17. November 1837 dagegen hat hierin bedeutende Abänderungen gemacht.

Zufolge der §. 27 — 28 desselben ist die privilegirte prozessuale Stellung dieser Einreden (Cod. jud. cap. VI. §. 3. Nr. 2. 3.) hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Streitseinlassung aufgehoben, sie sind den einfach verzögerlichen in dieser Rücksicht gleichgestellt worden, und der Beklagte, welcher sich ihrer bedient, ist zur eventuellen Kriegsbefestigung verbunden, wenn ihn nicht in Folge der Verwerfung dieser Einreden die Nachtheile des §. 18 dieses Gesetzes treffen sollen. Demgemäß liegt dem Richter immer eine auch in der Hauptsache zur Entscheidung reife Verhandlung vor, und er muß in demselben Urtheile sowohl über jene Einreden, als auch, falls er dieselben für unbegründet erklärt, in

der Hauptsache zugleich erkennen, mag er dabei ausdrücklich, oder in Folge jener Verwerfung nur faktisch den Streit für unbedingt befestigt erklären.

Der Fall der Gerichtsordnung und des Gesetzes vom 22. Juli 1819 ist sohin nicht mehr vorhanden, es liegt kein selbstständiges und isolirtes Urtheil auf Streitseinlassung, sondern zugleich eines in der Hauptsache vor, gegen welches eine Berufung an die dritte Instanz gleichmäßig zuläßig ist.

5) Lediglich aus diesem Grunde wurde die Ziff. 3 des §. 19 des Gesetzes vom Jahre 1819 dem entsprechenden §. 52 des Prozeßgesetzes vom Jahre 1837 nicht mehr beigefügt, wie die Motive zu demselben (§. 66.) und die Verhandlungen der beiden Kammern hierüber unbezweifelt beurkunden.

6) Es stehet daher die Behauptung, daß die Bestimmung der Ziff. 3. §. 19 in Verbindung mit Ziff. 1 §. 20 des ältern Gesetzes neben dem Prozeßgesetze vom Jahre 1837 §. 52 und 54 noch Anwendung finde, mit der Fassung und dem Geiste dieses neuesten Prozeßgesetzes im Widerspruch, da dieses keine selbstständigen Erkenntnisse der Art mehr kennt, und nur bei den gerichtsablehnenden Einreden ein gesondertes Verfahren, eine selbstständige Entscheidung und Berufung gestattet.

7) Die Berufung, welche die Verwerfung der im §. 27 — 28 bezeichneten Einreden angreift, ist in der That gegen den damit verbundenen Ausspruch in der Hauptsache gerichtet, weil, wenn jene Einreden als begründet erscheinen, eine Entscheidung in der Hauptsache gar nicht erfolgen kann. Deßhalb muß der Richter auch in der Regel beide Punkte wegen ihres engen Zusammenhanges miteinander prüfen. Durch diese neueste gesetzliche Bestimmung

wird der früher stattgefundene Mißstand für den obersten Richter beseitigt, wegen in Mitte liegender Rechtskraft über die Verbindlichkeit zur Streitseinlassung auf eine offenbar unbegründete oder mangelhafte Klage ein Erkenntniß in der Hauptsache dennoch erlassen zu müssen; nur auf diese Weise wird der Zweck des jüngsten Prozeßgesetzes, ohne materielle Rechtsverletzung die Rechtsstreite abzukürzen, vollständig erreicht.

Aus diesen Motiven wurde die Berufung an die 3. Instanz unter den zu I. gegebenen Voraussetzungen als zuläßig erklärt.

Zu II. Zur Zuläßigkeit einer solchen Berufung bedarf es aber nicht einer vorausgegangenen Verwahrung. Denn

1) Gemäß der deutlichen Verfügung des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837, wodurch jene des §. 18 des frühern Gesetzes vom Jahre 1819 wiederholt und nur in einigen Punkten bestimmter gefaßt worden ist, findet eine Verwahrung bloß bei jenen einfachen Decreten und Zwischenbescheiden statt, gegen welche eine selbstständige Berufung nicht mehr zuläßig ist.

2) Der Wortlaut dieser Gesetze, die Motive zu jenem vom Jahre 1837 (§. 65.) und die ständischen Verhandlungen hierüber bewähren, daß diese Decrete und Zwischenbescheide selbstständig für sich bestehen müssen, und nicht einen Theil eines an sich appellablen Erkenntnisses bilden dürfen.

Dasselbe ergiebt sich auch aus dem Zwecke der Verwahrung selbst, welcher nur der ist, daß die Partei innerhalb der festgesetzten Frist sich erklären soll, ob sie die ihr durch derlei Verfügungen zugegangene Beschwerde seiner Zeit, wenn durch ei-

nen an sich appellablen Bescheid ihr der Weg der Berufung eröffnet wird, geltend machen und mit der Beschwerdeführung in der Hauptsache verbinden wolle.

3) Wo aber diese Voraussetzung nicht vorhanden ist, wo ein an sich schon die Berufung zulassender Ausspruch vorliegt, da erscheint die Verwahrung bezüglich eines in demselben Urtheile enthaltenen Punktes nicht nothwendig, sie wäre eine überflüssige und eben so zwecklose, als gefährliche Formalität.

4) Daß der Gesetzgeber die Parteien in der Art nicht belästigen wollte, ergiebt sich aus der analogen Bestimmung des §. 56 des Gesetzes vom Jahre 1837.

Offenbar wäre der Ausspruch des Ungehorsams an sich, wie diese Stelle sich ausspricht, ohne damit auch dessen Folgen zu verbinden, nur ein Zwischenbescheid im Sinne des §. 51, während er wegen des damit verbundenen Ausspruches in der Hauptsache nunmehr als selbstständig appellabel durch den §. 56 erklärt ist.

5) Ein ganz ähnliches Verhältniß tritt in dem gegenwärtigen Falle ein.

Hier erscheint diese Verwerfung nicht als ein gesonderter und selbstständiger Punkt (als ein Zwischenbescheid im eigentlichen Sinne) sondern sie ist ein wesentlicher Bestandtheil des Haupterkenntnisses selbst, und aus diesem Grunde bedarf es keines besonderen Vorbehaltes einer seiner Zeit zu ergreifenden Berufung, sondern die dadurch zugegangene Beschwerde muß zugleich mit jener gegen die Hauptentscheidung, wovon sie nur eine Unterabtheilung ist, verbunden werden.

Demgemäß wurde auch die zweite Frage dahin beantwortet, daß es in diesen Fällen einer gesonderten Verwahrung nicht bedürfe.

Aus diesen Motiven ging der obige Gesammtbeschluß hervor.

München, den 26. April 1843.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

E. A. v. Zink, Director.

Schidermair, Secretär.

---

# XXII.

## Plenar-Beschluß

### vom 14. Dezember 1843.

(Reg.-Bl. v. 1844, Nro. 3, S. 35 — 43.)

„Wenn gegen das nach geschlossenem Beweisverfahren ergangene Urtheil ein ordentliches Rechtsmittel eingewendet und innerhalb der Berufungsfrist die Erhebung weiterer Beweismittel beantragt, oder soferne die neuen Beweismittel erst kurz vor oder erst nach Ablauf der Berufungsfrist aufgefunden wurden, der Antrag auf deren Erhebung noch vor dem Erkenntnisse der höheren Instanz im Wege der Restitution innerhalb der hiefür bestimmten Frist nachgebracht wird, so hat der Oberrichter gemäß der Gerichtsordnung Cap. 15. §. 5. N. 8. und §. 7. N. 9. insoferne nicht schon auf den Grund der bisherigen Aktenlage nach dem Antrage der Partei erkannt werden kann und wenn das Gesuch begründet erscheint, die Instruktion mit Einschluß der Aufnahme der Beweismittel der ersten Instanz zu übertragen, die Entscheidung über das Ergebniß dieser nachträglichen Beweisaufnahme aber selbst zu erlassen."

## Motive.

Die Gerichtsordnung gestattet unter besonderen Voraussetzungen, in der Zwischenzeit von Verkündigung des Urtheils bis zur Rechtskraft neue Thatumstände oder Beweismittel in der höheren Instanz nachzubringen, und es bilden dann die nova ein Accessorium der Berufung, Adhäsion oder Revision. Cod. jud. Cap. 15. §. 5. N. 8. und §. 7. N. 9., dann Anmerkung zu Cap. 16. §. 1. lit. e. vergl. mit Cap. 14. §. 2 und Cap. 16 §. 1. Die Instruktion dieser nova hat zwar der Oberrichter durch die erste Instanz vornehmen zu lassen, Cod. jud. Cap. 15. §. 7. N. 9; der Unterrichter darf aber nicht mehr in der Sache sprechen, sondern muß den Spruch derjenigen Instanz überlassen, wo die Appellation hängt. Nur eine Ausnahme hievon macht das mehrgedachte Gesetz, wenn es nemlich auf einen ordentlichen Beweis ankommt, welcher nicht nur allezeit in erster Instanz instruirt, sondern auch salva ulteriori appellatione alldort entschieden werden soll."

Es unterliegt keinem Bedenken, daß ein Fall dieser Ausnahme dann gegeben sey, wenn der Oberrichter wegen neuer, in der Berufungs=Instanz erst vorgebrachter Thatsachen ein Beweis=Interlokut erläßt. Eben so ist auch darüber kein Zweifel, daß, wenn gegen das nach geschlossenem Beweisverfahren ergangene Urtheil ein ordentliches Rechtsmittel eingewendet, und hiebei ein neues Beweismittel nachgebracht wird, welches die Gerichtsordnung Cap. 9. §. 5. zum summarischen Beweise rechnet, der Oberrichter nur die Instruktion, nicht aber die Entscheidung über das Ergebniß der neuen Beweismittel an die erste Instanz zu verweisen hat.

Nur darüber veranlaßte die Gerichtsordnung Zweifel, ob die erwähnte Gesetzstelle unter „ordentlichem Be=

weis" auch den Fall verstehe, wenn die in der Berufungs-Instanz nachgebrachten neuen Beweismittel entweder nur Zeugen, oder nebst andern Beweismitteln auch Zeugen sind, indem Cod. jud. Cap. 9. §. 4 den ordentlichen Beweis jenen nennt, bei welchem, wie namentlich und vorzüglich beim Zeugenbeweise, Artikel gestellt werden, und bis zum Jahr 1819 auch Responsionen und Relevanzbescheid vorkamen. Abgesehen nun aber davon, daß das Gesetz vom 22. Juli 1819 §. 11 die Responsionen und den Relevanzbescheid abgeschafft hat, so kann man schon nach der Gerichtsordnung den Ausdruck „ordentlicher Beweis" im Cap. 15 §. 7. N. 9 nicht von einem nachträglichen Zeugenbeweise verstehen, ohne damit Grundprinzipien der Gerichtsordnung anzugreifen und aufzuheben. Vor Allem muß man erwägen, daß nicht angenommen werden kann, die Gerichtsordnung werde zwar Urkunden, welche als nova nachgebracht werden, auch wenn sie vollständigen Beweis liefern, die Wirkung nicht beilegen, daß die Sache wieder an die erste Instanz zur Entscheidung zurückgelange, wohl aber lege sie solche Wirkung einem nachträglichen Zeugenbeweise bei, selbst wenn es sich nur von einem einzigen, vielleicht exceptionsmäßigen Zeugen handelt, und sie mache diesen wichtigen Unterschied zwischen Beweis durch Zeugen und Beweis durch andere Probemittel lediglich um der unwesentlichen Form der Artikel, der Responsionen und des Relevanzbescheides willen.

Es muß ferner beachtet werden, daß durch die Appellation die Streitsache, „nach Maaß der eingewendeten Spezialbeschwerden sammt Allem, was davon abhängt," namentlich auch mit dem als Accessorium erscheinenden Gesuch um Zulassung neuer Zeugen an den höheren Richter devolvirt wird, dieser also der gesetzlichen Bestimmung über Devolutiv-Effekt entgegen han-

deln würde, wenn er sich der Entscheidung über einen nachträglichen Zeugenbeweis entschlagen, und diese dem Unterrichter zuweisen wollte. Durch ein solches Verfahren würde er nicht nur eine Sache, die an ihn devolvirt ist, nicht entscheiden, also sein Amt vor der Hand nicht üben, sondern er würde auch dem Unterrichter gegen die klare Vorschrift in Cod. jud. Cap. 14. §. 9. N. 1. zumuthen, sein eigenes, nicht rechtskräftiges, vielmehr an den Oberrichter gediehenes Erkenntniß zu ändern, und es zu einer Zeit zu ändern, wo ihm durch die Appellation nach Cod. jud. Cap. 15. §. 9. N. 2. „die Hände dergestalt gebunden sind, daß er in der devolvirten Sache weiter nichts mehr thun kann, sondern den Ausspruch des obern Richters erwarten muß." Ja, wenn der Oberrichter, welcher die Sache in solcher Art an die erste Instanz verweisen wollte, der dritte Richter wäre, so könnte er die erste Instanz in die Lage versetzen, sogar gegen das noch bestehende, und bei dem obersten Richter schwebende Erkenntniß der zweiten Instanz zu erkennen, während doch die erste Instanz gegen die Erkenntnisse der obern Instanzen im Restitutionswege nur erkennen kann, wenn wegen eingetretener Rechtskraft kein ordentliches Rechtsmittel mehr übrig ist. Cod. jud. Cap. 16. §. 1 N. 1. Wollte aber der Oberrichter das Erkenntniß der Vorinstanz aufheben, damit die erste Instanz ungehindert wieder ein Urtheil fällen könne, so würde er dieses zu einer Zeit thun, wo er den Inhalt der neu zu erhebenden Zeugenaussagen noch nicht kennt, wo es also noch zweifelhaft ist, ob die neuen Zeugen irgend etwas aussagen werden, wodurch die Vorinstanz bewogen werden könnte, von ihrem früheren Urtheile abzugehen. Wenn daher gleich es eine Regel der juristischen Auslegungskunst ist, dem Sprachgebrauche des Gesetzgebers so lange zu folgen, als nicht erhellet, daß Letzterer etwas

Anderes sagen wollte, so ist es doch hier ganz offenbar, daß der Gesetzgeber in Cap. 15. §. 7. N. 9. unter den Worten: „ordentlicher Beweis" einen blos nachträglichen Zeugenbeweis eben so wenig, als einen blos nachträglichen Beweis durch andere Probemittel verstanden hat, ja es kann hieran um so weniger gezweifelt werden, als schon Freiherr von Kreitmaier in den Anmerkungen zu Cod. jud. Cap. 17. §. 7 gerade die fraglichen Worte, „ordentlicher Beweis" dahin umschreibt, „wann einem Theil ordentlicher Beweis injungirt ist." Bliebe aber sogar noch irgend ein Zweifel, so dürfte doch einer Auslegung nicht gehuldigt werden, welche den gesetzlichen Bestimmungen über Nichtänderung des eigenen Erkenntnisses, über Devolutiv- und Suspensiv-Effekt der Appellation, über Unterordnung unter die zweite Instanz und über subsidiäre Natur des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution entgegen wäre. Fr. 19. D. de legib. und Fr. 67. D. de neg. jur.

Nicht also lediglich bei Urkunden und anderen sogenannten kurzen Probemitteln, sondern auch beim Zeugenbeweise, und sonach bei jedem Beweismittel, welches nach geschlossenem Beweisverfahren und verkündetem Erkenntnisse in der Berufungs-Instanz auf eine nach Cap. 15. §. 5. N. 8. und §. 7. N. 9 zulässige Art nachgebracht wird, hat der Oberrichter nur die Instruktion mit Einschluß der Aufnahme der Beweismittel, und wo Deduktionsschriften zulässig, mit Einschluß der Zulassung derselben, der ersten Instanz zu übertragen, die Entscheidung über das Ergebniß dieser nachträglichen Beweisaufnahme aber selbst zu erlassen.

Daß der Oberrichter für den Fall, daß die nova nur eventuell vorgebracht wurden, auch nur eventuell darauf eingehen dürfe, das erhellet daraus, daß einestheils durch

die Appellation die Streitsache nur nach Maaß der eingewendeten Spezial-Gravaminum an den höheren Richter devolvirt wird, Cod. jud. Cap. 15. §. 9. N. 1.; mithin auch das als Accessorium des Rechtsmittels erscheinende Gesuch um Zulassung der nova nur unter der Bedingung zu würdigen ist, unter welcher es gestellt wurde, anderntheils aber es allgemeine Regel ist, daß der Richter die Bitten der Parteien nicht überschreiten soll. Cod. jud. Cap. 14. §. 7 N. 2 und Cap. 15. §. 11. N. 8.

Aber auch wenn die nova nicht blos eventuell vorgebracht wurden, ja wenn selbst unbedingt gebeten würde, vor Allem die nova zu erheben, würde doch der Oberrichter vermöge der ihm obliegenden Prozeßdirektion berechtigt, und verpflichtet seyn, vorerst zu prüfen, ob es denn zur Gewährung der an ihn im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels gediehenen Anträge erforderlich sey, die nova instruiren und erheben zu lassen. Schon im Beweisverfahren, wo doch alle Beweismittel auf einmal vorgebracht und gewürdiget werden müssen, hat der Richter sowohl nach der Gerichtsordnung Cap. 9 §. 8. als nach dem Prozeßgesetze vom 22. Juli 1819. §. 14. die offenbar unerheblichen Beweismittel von Amtswegen sogleich zu verwerfen.

Um so dringender ist die Ausübung dieses Rechts und die Erfüllung dieser Pflicht für den Oberrichter, welchem bereits geschlossene Akten vorliegen, und welcher, wenn er die nova instruiren lassen wollte, ohne zuvor zu prüfen, ob nach der bisherigen Aktenlage es der nova noch bedürfe, sehr leicht durch Anordnung einer überflüssigen oder unerheblichen Instruktion den Parteien unnöthigen Zeit- und Kostenverlust bereiten könnte.

Das Gesuch um Zulassung von neuen Beweismitteln in appellatorio ist zwar auch ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf

der Beweisfrist (Anmerkung ad Cod. jud. Cap. 16. §. 1. lit. e.); allein es folgt das Accessorium des ordentlichen Rechtsmittels dem Prinzipale, und hat eben darum dieselbe Nothfrist, welche dem Prinzipale vorgeschrieben ist, nicht aber eine besondere, namentlich nicht die 14tägige Frist, welche einem gewöhnlichen Restitutionsgesuche vorgesetzt ist.

Wenn jedoch derjenige, welcher im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels sich an den Oberrichter gewendet hat, erst nach dem Ablaufe der Berufungsfrist, oder so kurz vor diesem Ablaufe die nova in Erfahrung bringt, daß er verhindert ist, um deren Zulassung in appellatorio noch innerhalb der Berufungsfrist oder Adhäsionsfrist nachzusuchen, so hat er einen gesetzlichen Grund, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bitten, und er kann auf diese Weise die nova so lange nachbringen, als der Oberrichter noch nicht erkannt hat, weil Cod. jud. Cap. 15. §. 5. N. 8. die nova in der Appellations-Instanz — in appellatorio — zuläßt, und nirgends ein begründetes Wiedereinsetzungs-Gesuch ausschließt. Es muß aber die vierzehntägige Restitutionsfrist einhalten, weil die Berufungsfrist oder Adhäsionsfrist, welche bei einem innerhalb derselben eingereichten Gesuche um Zulassung von novis die Restitutionsfrist absorbirt, schon abgelaufen ist.

München, den 14. Dezember 1843.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:
v. Gerngroß, Direktor.

v. Sichlern, Sekretär.

# XXIII.

## Plenar=Beschluß

### vom 25. Januar 1844

über die Anwendung des §. 65. Abs. 2 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr.

(Reg.=Bl. v. 1844, Nro. 8, S. 113 — 118.

„Die im §. 65 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr., enthaltene Strafbestimmung ist weder ausschliessend gegen die Partei noch ausschliessend gegen deren Anwalt gerichtet, vielmehr muß in jedem einzelnen Falle nach der Beschaffenheit der Umstände bemessen werden, ob die Strafe gegen die Partei oder gegen den Anwalt zu verhängen sey."

## Motive.

Das Gesetz vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, schreibt im §. 65. vor: „Berufungen, welche wider die Vorschriften der §§. 54, 57 und 64 ergriffen, und deshalb abgewiesen worden, sind, nebst der Verurtheilung des Appellanten in die Kosten, mit einer Geldstrafe von 10 bis 50 fl. zu ahnden."

Da bei dieser Strafbestimmung das zu bestrafende Subjekt nicht genannt ist, so ergab sich eine Verschiedenheit der Ansichten darüber, ob in denjenigen Fällen, in welchen sich der Appellant actenmäßig der Hülfe eines Rechtsanwaltes bedient, die Strafe gegen Jenen oder gegen diesen zu verhängen sey. Für die ausschließende Bestrafung des Anwaltes schien dessen Gesetzes-Kenntniß, für die ausschließende Bestrafung der Partei die vorzugsweise Betheiligung derselben und die Analogie des Succumbenzgeldes zu sprechen. Diese Momente sind indessen

nicht dazu geeignet, die Aufstellung einer allgemeinen Regel hinsichtlich der ausschließenden Bestrafung des Einen oder des Andern zu rechtfertigen. Denn

1) die Gesetzes-Kenntniß auf Seite des Anwaltes kann für sich allein um so weniger den Ausschlag geben, als auch rechtskundige Parteien sich häufig durch Anwälte vertreten lassen,

2) bei allen prozessualischen Handlungen, welche von dem Anwalte für seinen Clienten vorgenommen werden, hat der Letztere (als dominus litis) ein vorherrschendes Interesse, und dennoch treffen die Prozeßstrafen nach den desfalls bestehenden Vorschriften mehr den Anwalt als die Partei,

3) die gesetzlichen Bestimmungen über das Succumbenzgeld können nicht hieher bezogen werden, weil der allegirte §. 65 nicht von einem Succumbenzgelde, sondern von einer Strafe spricht, und auch von den Appellationsgerichten, bei welchen bekanntlich ein Succumbenzgeld nicht Platz greift, in Anwendung gebracht werden muß.

Ueberdieß gewähren auch weder die zur Oeffentlichkeit gebrachten Motive des Gesetzes, noch die über dasselbe in der Ständeversammlung gepflogenen Verhandlungen einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß die Strafbestimmung ausschliessend gegen die Partei oder ausschließend gegen den Anwalt gerichtet seyn solle. Vielmehr sprechen überwiegende Gründe dafür, daß bei der Verhängung der im §. 65 angedrohten Prozeßstrafe lediglich nach richterlichem Ermessen zu verfahren sey.

Was nämlich

1) die Worte des Gesetzes betrifft, so muß daraus, daß diese blos von der nothwendig eintretenden Verurtheilung des Appellanten in die Kosten sprechen, die Folge abgeleitet werden, daß der Gesetzgeber dem

Appellanten nicht auch die Strafe unter allen Umständen habe zuweisen wollen, und das zu bestrafende Subjekt blos deßhalb nicht näher bezeichnet habe, um dem richterlichen Ermessen bei dem Strafausspruche freien Raum zu lassen. Die Annahme findet

2) ihre Bestätigung noch in dem besondern Umstande, daß bei zwei anderen in dem nämlichen Prozeßgesetze enthaltenen Strafvorschriften (§. 26. Abs. 2. und §. 31. Abs. 4.) zwischen der Partei und ihrem Anwalte unterschieden ist, und daß dieß also gewiß auch bei dem §. 65 geschehen wäre, wenn nicht triftige Gründe obgewaltet hätten, im Falle des §. 65 die Ausmittlung des strafbaren Subjektes dem Richter zu überlassen. Ein solcher triftiger Grund liegt aber

3) darin, daß jede Strafe schon ihrem Begriffe nach nur den Schuldigen treffen soll. Ob nun die Partei oder der Anwalt vorzugsweise als der Schuldige zu betrachten sey, kann nicht durch eine allgemeine Regel fixirt werden, sondern ist nach der Beschaffenheit des konkreten Falles zu beurtheilen. Dieses entspricht auch

4) dem Zwecke des Gesetzes, als welcher in den Motiven zum Gesetzes-Entwurfe „die Repression formell unstatthafter Berufungen" angegeben ist; dieser Zweck läßt sich nur dann erreichen, wenn die Strafe jedesmal gegen denjenigen verhängt wird, durch dessen Verschulden der Gerichtshof mit einer formell unstatthaften Berufung behelligt worden ist, und demzufolge muß bei jeder gegen die Vorschriften der §§. 54, 57 und 64 ergriffenen und deshalb abgewiesenen Berufung richterlich erwogen werden, ob unter den gegebenen Verhältnissen die Partei oder

ihr Anwalt vorzugsweise als das schuldige Subjekt erscheine, wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß, wenn die Partei mit der Strafe des §. 65 belegt, und auch der Anwalt schuldig befunden wird, zugleich eine Frivolitätsstrafe gegen den Letzteren eintreten könne.

München, den 25. Januar 1844.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:
v. Gerngroß, Director.

Sighart, Secretär.

---

# XXIV.

## Plenar-Beschluß

### vom 14. Februar 1844,

die markgräflich brandenburgische Consistorial-Ordnung vom Jahre 1594 betreffend.

Reg.-Bl. v. 1844. Nr. 11, S. 181 — 185.

---

„Die Consistorial-Ordnung des Markgrafen Georg Friederich vom 21. Januar 1594 enthält im Generalartikel VIII. verbindende Rechtsnormen über die Baulast in den ehemaligen Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth.“

## Motive.

1) Die Consistorial-Ordnung ist

a. nach ihrer Bezeichnung, denn der Ausdruck „Ordnung“ ist der gewöhnliche des sechszehnten Jahrhunderts für Gesetz,

b. nach der historischen Entwicklung der Zeit ihrer Erscheinung, denn durch den Augsburger Religions-

frieden von 1555 §. 20 war die ältere Kirchenverfassung und Kirchengewalt in den protestantischen Ländern ohne Surrogat aufgehoben und dadurch die Nothwendigkeit einer neuen Gesetzgebung über jene herbeigeführt worden, wie die in den protestantischen Ländern Deutschlands erschienenen Kirchen- und Consistorial-Ordnungen jener Zeit beweisen, und

c. nach ihrem Inhalte, denn es finden sich in ihr die wesentlichen Begriffsmerkmale eines Gesetzes vor,

für eine Quelle des Territorialkirchenrechts nach protestantischem Kirchenrechte zu halten.

Insbesondere ist in letzter Beziehung ad c. aus der als authentisch anzuerkennenden Consistorial-Ordnung zu entnehmen, daß sie von dem Markgrafen Georg Friederich, welchem unbedingte Gesetzgebungsgewalt, wenigstens in dem Betreffe ihres Inhalts, über die vormaligen Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth zustand, für diese, nämlich die Fürstenthümer oberhalb und unterhalb Gebürgs erlassen wurde, und daß ihr materieller Inhalt den Normen des Staats- und Privat-Kirchenrechts angehört.

2) Die in ungetrennter Verbindung mit dieser Verordnung zusammenhängenden Generalartikel bilden, nach eigener Erklärung daselbst, einen ergänzenden Theil derselben und im Generalartikel VIII schreibt der Landesherr Normen vor, nach welchem gewisse Rechtsverhältnisse aus dem Gebiete des kirchlichen Privatrechts von dem zur Behandlung dieser durch genannte Verordnung IV., 5, für competent erklärten Consistorium entschieden werden, welche also für Rechtsverhältnisse dieser Art gelten, d. h. die Eigenschaft und die Wirksamkeit eines Gesetzes haben sollen.

3) Für die Gesetzes-Eigenschaft der Consistorial-Ordnung, so weit deren Inhalt die Natur von Gesetzen an sich trägt, spricht die Aufnahme in das „Corpus Constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium oder Sammlung der vornehmsten, sowohl allgemeinen als besonderen in ecclesiasticis et politicis theils einzeln gedruckten, theils ungedruckten Landesordnungen und Gesetze, welche auf hochfürstlichen Specialbefehl colligirt und dem Publikum mitgetheilt werden sollen." Diese Aufnahme beseitigt auch das Bedenken wegen anscheinenden Mangels der Promulgation.

4) Dergleichen Consistorial-Ordnungen werden auch allgemein als Quellen des particularen Kirchenrechts anerkannt.

5) Die Eigenschaft dieser Consistorial-Ordnung, rechtsverbindliche Normen über kirchliche Baulast anordnen zu wollen, erhellt auch aus dem ferneren Grunde, daß der Markgraf in dem Eingange dieser Verordnung ausdrücklich ausspricht, daß er in derselben nur anordne, was „in Sachen des Gewissens, auch Kirchen und Schulen und was denselben anhanget, bisher in täglicher Praxis und Uebung die Probe gegeben und was sich in unserem Lande und Fürstenthume allen Umständen und Gelegenheit nach schicken und leiden will." Die Vorschriften über kirchliche Baulast bilden aber ein gewöhnliches Annexum des Privatkirchenrechts. Als öffentliche Urkunde enthält daher die Consistorial-Ordnung den Beweis über die landesherrliche Anerkennung eines bestehenden Herkommens hinsichtlich der in ihr enthaltenen privatrechtlichen Normen über Baulast um so mehr, als diese ihre anderweite Begründung in den im sechszehnten Jahrhundert herrschenden Rechts-

frieden von 1555 §. 20 war die ältere Kirchenverfassung und Kirchengewalt in den protestantischen Ländern ohne Surrogat aufgehoben und dadurch die Nothwendigkeit einer neuen Gesetzgebung über jene herbeigeführt worden, wie die in den protestantischen Ländern Deutschlands erschienenen Kirchen- und Consistorial-Ordnungen jener Zeit bewzisen, und

c. nach ihrem Inhalte, denn es finden sich in ihr die wesentlichen Begriffsmerkmale eines Gesetzes vor,

für eine Quelle des Territorialkirchenrechts nach protestantischem Kirchenrechte zu halten.

Insbesondere ist in letzter Beziehung ad c. aus der als authentisch anzuerkennenden Consistorial-Ordnung zu entnehmen, daß sie von dem Markgrafen Georg Friederich, welchem unbedingte Gesetzgebungsgewalt, wenigstens in dem Betreffe ihres Inhalts, über die vormaligen Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth zustand, für diese, nämlich die Fürstenthümer oberhalb und unterhalb Gebürgs erlassen wurde, und daß ihr materieller Inhalt den Normen des Staats-, und Privat-Kirchenrechts angehört.

2) Die in ungetrennter Verbindung mit dieser Verordnung zusammenhängenden Generalartikel bilden, nach eigener Erklärung daselbst, einen ergänzenden Theil derselben und im Generalartikel VIII schreibt der Landesherr Normen vor, nach welchem gewisse Rechtsverhältnisse aus dem Gebiete des kirchlichen Privatrechts von dem zur Behandlung dieser durch genannte Verordnung IV., 5, für competent erklärten Consistorium entschieden werden, welche also für Rechtsverhältnisse dieser Art gelten, d. h. die Eigenschaft und die Wirksamkeit eines Gesetzes haben sollen.

3) Für die Gesetzes-Eigenschaft der Consistorial-Ordnung, so weit deren Inhalt die Natur von Gesetzen an sich trägt, spricht die Aufnahme in das „Corpus Constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium oder Sammlung der vornehmsten, sowohl allgemeinen als besonderen in ecclesiasticis et politicis theils einzeln gedruckten, theils ungedruckten Landesordnungen und Gesetze, welche auf hochfürstlichen Specialbefehl colligirt und dem Publikum mitgetheilt werden sollen." Diese Aufnahme beseitigt auch das Bedenken wegen anscheinenden Mangels der Promulgation.

4) Dergleichen Consistorial-Ordnungen werden auch allgemein als Quellen des particularen Kirchenrechts anerkannt.

5) Die Eigenschaft dieser Consistorial-Ordnung, rechtsverbindliche Normen über kirchliche Baulast anordnen zu wollen, erhellt auch aus dem ferneren Grunde, daß der Markgraf in dem Eingange dieser Verordnung ausdrücklich ausspricht, daß er in derselben nur anordne, was „in Sachen des Gewissens, auch Kirchen und Schulen und was denselben anhanget, bisher in täglicher Praxis und Uebung die Probe gegeben und was sich in unserem Lande und Fürstenthume allen Umständen und Gelegenheit nach schicken und leiden will." Die Vorschriften über kirchliche Baulast bilden aber ein gewöhnliches Annexum des Privatkirchenrechts. Als öffentliche Urkunde enthält daher die Consistorial-Ordnung den Beweis über die landesherrliche Anerkennung eines bestehenden Herkommens hinsichtlich der in ihr enthaltenen privatrechtlichen Normen über Baulast um so mehr, als diese ihre anderweite Begründung in den im sechszehnten Jahrhundert herrschenden Rechts-

ansichten, in dem Landtagsabschiede von 1526, dem Theilungs-Rezesse vom 23. Juli 1541, in dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 §§. 19 — 21, und in dem landesherrlichen Rescripte vom 22. November 1621 finden.

Hieraus erklärt sich auch die Fassung des Art. VIII. und es erhellt demnach, daß die darin ausgesprochenen Normen als richterliche Entscheidungsquelle giltig sind.

6) Daß die Consistorial-Ordnung de dato Onolzbach den 21. Januar 1594 für das vormalige Fürstenthum Bayreuth erging, ist unzweifelhaft. Es ist aber auch gewiß, daß sie für das Fürstenthum Ansbach erlassen worden ist. Denn

a. schon im Eingange jener Consistorial-Ordnung sagt der Markgraf, daß er dahin gedacht, in seinem Lande und Fürstenthume unterhalb und oberhalb Gebürgs ein Consistorium zu errichten. Historisch unbestritten ist es aber, daß man unter dem Brandenburgischen Burggrafthume Nürnberg oberhalb Gebürgs das Fürstenthum Bayreuth, und unterhalb Gebürgs das Fürstenthum Ansbach verstand.

b. Im Titel IV. §. 3 bestimmt der Markgraf, wie es hinsichtlich der Bestellung der Decanate in beeden Fürstenthümern gehalten werden soll, und im Titel II. §. 8 wird von den Schulen zu Onolzbach und Hof, mithin von Städten beider Fürstenthümer gehandelt.

c. Als nach Erscheinen jener Consistorial-Ordnung beide Fürstenthümer an zwei verschiedene Regenten gekommen waren, wurde dieselbe von dem Markgrafen Joachim Ernst zu Ansbach in einem Rescripte an das dortige Consistorium vom

22. November 1621, und von dem Mitvormund des Markgrafen Albrecht zu Ansbach in einem Rescripte vom 30. September 1625 gerade in Beziehung auf die Baulast in dem Fürstenthume Ansbach allegirt.

München, den 14. Februar 1844.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:

v. Gerngroß.

Nickels, Secretär.

---

# XXV.

## Plenar-Beschluß

### vom 17. April 1844,

die Ansprüche auf Gehalts-Abzüge eines Schuldners ausser dem Concurse betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1840, Nro. 30, S. 569 — 573.)

---

„Ausser dem Concurse kann ein später sich meldender Gläubiger gleichzeitige ratenmäßige Befriedigung aus den Gehalts-Abzügen seines Schuldners gegen einen schon früher hierauf gerichtlich eingewiesenen Gläubiger nicht verlangen."

## Motive.

Die Gerichtsordnung spricht sich in Cap. 18 §. 4, wo sie von jenen Gegenständen handelt, an welchen Execution statt finden kann, sub Nr. 4 ausdrücklich dahin aus, daß in Ermanglung anderer Exekutionsmittel auch Besoldungen mit Arrest oder Exekution belegt werden dürfen, und schreibt dabei nur vor, daß dieß niemals weiter, als zu einem Drittheil geschehen soll, indem die übrigen zwei Drittheile dem Bediensteten freigelassen werden müssen.

Diese Bestimmung hat durch den §. 73 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, — eine Aenderung nur dahin erlitten, daß die Execution auf Besoldungen, Gagen, Pensionen und Quiescenz=Gehalte der unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten, Militair=Personen, öffentlichen Diener und Geistlichen, sie mögen aus Staats=, Stiftungs=, Gemeinde= oder was immer für andern Kassen fließen, wenn diese Besoldungen ꝛc. nicht über 500 fl. betragen, nur bis zu einem Fünftheil, wenn sie nicht über 1000 fl. betragen, nur bis zu einem Viertheil, und nur wenn sie mehr als 1000 fl. betragen, bis zu einem Drittheile als zulässig erklärt.

Hienach ist eine auf den Grund der vorallegirten Gesetze und mittels Requisition an die betreffende Kasse von den Gerichten verfügte Einweisung in die Abzüge des dem Schuldner anfallenden Gehalts keine bloße Sicherheitsmaaßregel, sondern ein wirkliches Exekutions=Mittel.

Daraus folgt aber nothwendig, daß dem in vorerwähnter Art gerichtlich eingewiesenen Gläubiger auch der unverkürzte Bezug der seinem Schuldner fernerhin noch anfallenden, und ihm Behufs seiner Befriedigung modo executionis zugewiesenen Gehalts=Beträge in so lange verbleiben muß, bis er entweder rücksichtlich jenes Guthabens, wegen welchen er die Einweisung erlangt hat, vollständig befriedigt ist, oder bis in Folge einer gegen den Schuldner stattfindenden Concurseröffnung nach Maaßgabe der dießfallsigen gesetzlichen Vorschriften alle Partial=Exekutionen sistirt werden müssen, und sohin insbesondere auch die auf fortlaufende Bezüge des Communschuldners zu Gunsten einzelner Gläubiger verfügte Exekution nicht mehr fortbestehen kann.

Es kann daher in Fällen, in welchen die letzter=

wähnte Voraussetzung noch nicht eingetreten ist, gegen den bereits gerichtlich in die Gehaltsabzüge seines Schuldners eingewiesenen Gläubiger ein erst später sich meldender Gläubiger die gleichzeitige ratenmäßige Befriedigung aus solchen dem ersterwähnten Gläubiger bereits zugewiesenen Abzügen rechtlich nicht verlangen.

Insbesondere kann hiebei weder das Vorbringen, daß die neu angemeldete Forderung in Gemäßheit der Prioritäts-Ordnung ꝛc. mit dem Guthaben des bereits immittirten Gläubigers gleiche Vorzüge oder Prioritätsrechte theile, noch die Behauptung der Existenz eines Partikular-Conkurses, oder die Bezugnahme auf die in Cap. 18. §. 6 sub Nro. 6 enthaltene Vorschrift von Wirksamkeit seyn, weil eine richterliche Würdigung der Prioritätsrechte und Vorzüge der gegen einen Schuldner angemeldeten Forderungen, sowie überhaupt eine Anwendung der Bestimmungen der Prioritäts-Ordnung nur im Concurse, und ausnahmsweise, ausser dem Conkurse, nur in solchen Fällen, für welche die Gesetze dieß speziell verordnen, statt finden darf, in Betreff der Ansprüche auf Einweisungen in Gehaltsabzüge aber eine solche Vorschrift in den Gesetzen nicht enthalten, ein Partikular-Conkurs hier nicht begründet, die in Cap. 18. §. 6. Nro. 6 enthaltene Vorschrift aber nur bezüglich der Immission in liegende Güter und Grundstücke gegeben ist, hinsichtlich einer derlei Immission aber und der hier in Frage stehenden Einweisung in Gehaltsabzüge wesentliche Verschiedenheit besteht, und sonach auch eine analoge Anwendung letzterwähnter Vorschrift auf Einweisungen in Gehaltsabzüge nicht als zuläßig erscheint.

München, den 17. April 1844.

Bei Verhinderung des königlichen Präsidenten:
v. Gerngroß, Director.

Fertig, Secretär.

---

# XXVI.

# Plenar-Beschluß

## vom 18. April 1844,

die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte bei Klagen gegen den königl. Fiskus wegen Entziehung von Gefällen betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1844, Nro. 30, S. 574 — 575.)

---

„Bei Klagen gegen den königl. Fiskus wegen Entziehung von Gefällen kann aus dem Umstande, daß diese Gefälle nicht zum Aerar eingezogen, sondern nur aufgehoben worden sind, die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte nicht abgeleitet werden."

## Motive.

Bei Klagen gegen den königl. Fiskus wegen Entziehung von Gefällen wurde die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte in mehreren Fällen von den Vertretern des königl. Fiskus, ohne auf eine Erörterung der Natur und Eigenschaft der in Frage stehenden Gefälle einzugehen, lediglich aus dem Umstande abzuleiten gesucht, daß die betreffenden Gefälle nicht zum Aerar einzogen, sondern in den von den Regierungs-Behörden dießfalls erlassenen Entschließungen nur aufgehoben, nur als erloschen erklärt wurden.

Aus diesem Umstande allein kann aber die vorerwähnte Einrede rechtlich nicht abgeleitet werden.

Nach ausdrücklicher Vorschrift der Verfassungs-Urkunde Tit. VIII. §. 5 ist der kgl. Fiskus verbunden, in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den kgl. Gerichtshöfen Recht zu nehmen, und es kann somit derselbe wegen Verletzung oder Beeinträchtigung von

Privatrechten von den Betheiligten bei den kgl. Gerichtshöfen belangt werden.

Rücksichtlich der Zuständigkeit der Gerichte (und nur von dieser, nicht von der rechtlichen Begründung des Klagsanspruches selbst handelt es sich hier) kommt es sonach bei Klagen der oben erwähnten Art nur darauf an, ob eine Beeinträchtigung eines Privatrechts vom Kläger behauptet ist; denn in diesem Falle kann es um so minder einen rechtlichen Unterschied bilden, ob die dem Kläger entzogenen Gefälle für das Aerar eingezogen, den Staatskassen zugewiesen, oder ob sie nur aufgehoben, als erloschen erklärt worden sind, als der letzterwähnte Umstand für sich allein an der ursprünglichen Eigenschaft des in Mitte liegenden, für die Competenzfrage relevanten Rechtsverhältnisses keine Aenderung herbeizuführen im Stande ist.

München, den 18. April 1844.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:

v. Gerngroß, Direktor.

Paulus, Secretär.

---

# XXVII.

## Plenar-Beschluß

### vom 8. Mai 1844,

die Gleichförmigkeit der Erkenntnisse in Bezug auf die Zulässigkeit weiterer Berufung betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1844, Nro. 30, S. 576 — 583.)

---

„Wenn die Klage in erster Instanz unbedingt, in zweiter Instanz aber in angebrachter Art abgewiesen wurde, so liegen rücksichtlich des Klägers ungleichförmige Erkenntnisse vor."

Der Landtagsabschied vom Jahre 1831 III. 8. lit. a. verordnet, daß bei gleichlautenden Erkenntnissen der vorigen Instanzen eine Berufung zur dritten Instanz nur dann Platz greife, wenn der Streitgegenstand in Geld oder Geldwerth die Summe von sechshundert Gulden beträgt. Ebenso verordnen die Prozeßgesetze vom Jahre 1819 §. 20 und vom Jahre 1837 §. 54 Nro. 1, daß eine Berufung zur dritten Instanz nicht statt finde, wenn die Klage ohne weitere Einleitung des Verfahrens in zwei Instanzen ganz, oder so, wie sie angebracht wurde, abgewiesen worden ist.

Aus Anlaß dieser gesetzlichen Bestimmungen entstunden bei dem obersten Gerichtshofe entgegengesetzte Ansichten darüber, ob in dem Falle, wenn die Klage in erster Instanz unbedingt, in zweiter Instanz aber angebrachter Massen abgewiesen, oder wenn der Beklagte in erster Instanz von der Klage unbedingt, in zweiter aber in angebrachter Art entbunden wird, und Kläger an die dritte Instanz weitere Berufung ergreift, rücksichtlich des Revidenten die Erkenntnisse der vorigen Instanzen für gleichförmig, oder ungleichförmig zu erachten seyen, und sofort die Zuläßigkeit der Berufung von dem Vorhandenseyn einer Streitsumme von sechs- oder von dreihundert Gulden abhänge.

Die zweifelhaft gewordene Rechtsfrage, ob Urtheile der vorigen Instanzen von der bezeichneten Art und Beschaffenheit gleichförmig seyen, wurde demzufolge in Gemäßheit des Präjudiziengesetzes vom Jahre 1837 zur Berathung in einer Plenarversammlung des obersten Gerichtshofes verwiesen, und verneinend entschieden, — und zwar aus nachstehenden

## Motiven:

I. War man bei Erlassung der angeführten, das Berufungsrecht der Parteien beschränkenden Gesetze auch

darüber einig, daß die Appellationen zur dritten Instanz beschränkt werden sollen, so wurde hiebei und bei Bestimmung der einer solchen Beschränkung unterliegenden Fälle nichts desto weniger das Prinzip festgehalten, daß durch den Verlust der dritten Instanz, welche allenthalben als eine besondere Wohlthat zur Herstellung der nöthigen Rechtssicherheit anerkannt worden ist, das wesentliche Recht selbst keinen Eintrag erleiden solle. Eine vorzugsweise Rücksicht wurde jedoch auf die in allen Fällen nothwendige Voraussetzung gebaut, daß zwei in der Hauptsache gleichförmige Urtheile der unteren Instanzen in Mitte liegen müssen, wenn die für einzelne Fälle bestimmte Beschränkung der Appellation zur dritten Instanz eintreten solle, weil man nur darin, und in dieser übereinstimmenden Beurtheilung eine besondere Garantie für die Gerechtigkeit des Ausspruchs, und zugleich den eigentlichen Bestimmungsgrund gefunden haben wollte, die Berufung zur dritten Instanz für entbehrlich zu halten.

Wenn es schon die Natur der oben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen mit sich bringt, daß bei deren Auslegung strengstens zu Werke gegangen werden soll, so erscheint eine solche Strenge da um so nothwendiger, wenn es auf das Hauptmerkmal der Gleich- oder Ungleichförmigkeit der Urtheile der Vorinstanzen, wovon die Anwendbarkeit jener Gesetze zunächst und vorzugsweise abhängig ist, anzukommen und der Richter zu bemessen hat, ob der Fall der Gleich- oder Ungleichförmigkeit wirklich gegeben ist.

Dieses vorausgesetzt, erscheint es für den Begriff der Gleichförmigkeit zweier Urtheile als unumgäng-

lich nothwendig, daß zwischen denselben eine vollkommene von Nebenrücksichten und außer ihrem Inhaltsbereiche liegenden fremdartigen Beziehungen völlig unabhängige Uebereinstimmung in dem Maaße vorherrschend seyn muß, daß, so oft es an dieser übereinstimmenden Beurtheilung mangelt, und sofort auch die Garantie für die Gerechtigkeit des Ausspruchs als Grund der Unzuläſſigkeit der Revision hinwegfällt, diese um so mehr zugelassen werden müsse, als deren Zuläßigkeit die Regel, die Unzuläßigkeit dagegen die Ausnahme bildet, für die Begründung der Ausnahme der spezielle Rechtfertigungsgrund immerhin strenge nachgewiesen werden muß, und selbst im Zweifel die Auslegung zu Gunsten der Regel zu geschehen hat.

II. Bringt man die aufgestellten Grundsätze, und die den Gesetzen über Appellations=Beschränkung zum Grunde liegende Raison der gesetzgebenden Gewalt mit jenen Grundsätzen in Verbindung, von welchen nach der bayerischen Gerichtsordnung, Cap. 14 §. 12 bei Auslegung richterlicher Urtheile ausgegangen werden muß, so ergibt sich folgerecht das Resultat, daß Erkenntnisse, wodurch die Klage in erster Instanz abgewiesen, oder der Beklagte von derselben entbunden wird mit jenen, wodurch die Klage blos angebrachter Massen abgewiesen, oder der Beklagte in solcher Art davon entbunden wird, weder an sich, noch in besonderer Beziehung auf den Kläger, dessen Beschwerderecht, wenn er auch durch das Urtheil zweiter Instanz als weniger beschwert erscheint, hiedurch nicht erlöscht, für gleichförmig erachtet werden könne; denn die erwähnten Urtheile sind

1) verschieden nach ihrem Wortlaute und Sinne, —
2) verschieden nach den denselben zum Grunde lie-

genden rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen.

ad 1. Schon nach dem gemeinen Sprachgebrauche sind die Worte unbedingt und angebrachter Massen ganz verschiedene Bezeichnungen, und daß durch sie auch verschiedene Aussprüche ausgedrückt werden sollen, geht nicht nur aus dem Umstande hervor, daß beide Erkenntnißformeln sowohl in der Theorie, als in der allgemeinen Gerichts-Praxis neben einander fortbestehen, für den einen Fall diese, für den anderen jene gebraucht wird, — sondern es erhellet dieß noch insbesondere daraus, daß die Obergerichte, von denen nicht vermuthet wird, daß sie sich in dem dispositiven Theile ihrer Erkenntnisse überflüßiger Worte bedienen, in dem Falle, wenn die Vorinstanzen die Klage unbedingt oder angebrachter Massen abweisen, sie aber dieser Ansicht nicht sind, sondern in dem einen Falle die Klage blos angebrachter Massen, in dem anderen dagegen unbedingt abweisen zu müssen glauben, nicht die bestätigende Urtheilsform gebrauchen, sondern ihre abweichende Ansicht in dem letzteren Falle durch Hinweglassung der Worte „angebrachter Massen (oder allenfalls durch Beifügung des Wortes unbedingt oder des Wortes definitive)", in dem ersteren Falle dagegen durch ausdrückliche Beifügung des Wortes „angebrachter Massen" aussprechen, — eine Urtheilsform, deren es offenbar nicht bedurfte, wenn die Gerichte die Erkenntnißsätze, „die Klage unbedingt oder blos angebrachter Massen abwiesen" für gleichbedeutend hielten, und die zugleich in einzelnen Bestimmungen der Gerichtsordnung selbst (Cap. 4. §§. 7 — 9 dann §§. 12 und 17) ihre hinlängliche Rechtfertigung findet.

Es wird auch mit der definitiven Klagsabweisung ein ganz anderer Sinn, als mit der Klagsabweisung in

angebrachter Art verbunden, indem der eine Fall die Folgerung in sich schließt, daß der Klagsanspruch für je und allezeit erloschen sey, in dem anderen Falle dagegen sich der Vorbehalt als in dem Ausspruche begriffen gedacht wird, daß der fragliche Klagsanspruch nicht erloschen sey, sondern Kläger seine Klage nach Umständen wieder erneuern könne.

ad 2. Dieser verschiedenartige Sinn, welcher mit beiden Urtheilen verbunden zu werden pflegt, findet nebenbei seine vollkommene Rechtfertigung, wenn man in Erwägung zieht, welche rechtliche Bestimmungsgründe und Wirkungen der Ausspruch einer definitiven Klagsabweisung — und welche dagegen der Ausspruch einer Klagsabweisung in der angebrachten Art thatsächlich in sich schließt. Während nämlich der ersteren Art von Klagsabweisung immerhin und nothwendig eine materielle Sachwürdigung vorangehen, und zum Grunde liegen muß, und dieselbe voraussetzt, daß eine Klage, von deren völligem Ungrunde der Richter entweder durch den Inhalt derselben, oder in Folge der hierüber allenfalls gepflogenen Verhandlung überzeugt worden ist, als so geeigenschaftet befunden wurde, daß sie zwar als formell statthaft — der von dem Kläger erhobene Rechtsanspruch aber entweder an sich, oder in Folge der dagegen vorgebrachten Einreden als ungegründet erschien, und eben deshalb Beklagter von der in Anspruch genommenen Verbindlichkeit freigesprochen werden mußte, — während ein solcher Ausspruch ferner, wenn er die Rechtskraft beschritten hat, folgerecht nach sich zieht, daß dieselbe Klage nicht erneuert, und derselbe Rechtsanspruch, beziehungsweise derselbe Gegenstand aus dem nämlichen thatsächlichen Grunde nicht weiter verfolgt werden könne, — setzt die Klagsabweisung in angebrachter Art eine blos formell wegen Mangels eines äusserlichen oder

innerlichen Requisites als unstatthaft befundene Klage voraus, wodurch das im Streite befangene Recht völlig unentschieden — dieses vielmehr einer weiteren Verhandlung unter den Theilen vorbehalten bleibt, wenn Kläger, was ihm durch solchen Ausspruch unbenommen ist, der gerügten Mängel und Gebrechen eingedenk die Klage aus demselben thatsächlichen Grunde erneuern, hiebei aber das Verlangte ergänzen, oder verbessern wird, — so daß die Ansichten der beiden Richter, von denen die eine die Klage unbedingt, die andere aber angebrachter Massen abweist, wesentlich von einander verschieden sind, wodurch eine Verschiedenheit der Urtheile selbst um so mehr begründet wird, als die Gleich- oder Ungleichförmigkeit nicht durch die zufällige Beschaffenheit der dagegen erhobenen Beschwerden bedingt werden, sondern hauptsächlich darauf beruhen, daß völlig gleichgeartete Fälle von verschiedenen Richtern auf gleiche oder ungleiche Weise entschieden wurden.

München, den 8. Mai 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:

v. Gerngroß, Director.

v. Sichlern, Sekretär.

## XXVIII.

## Plenar-Beschluß

vom 5. Juni 1844,

die Verbindlichkeit des Fiskus zur Zinsenzahlung betreffend.

Reg.-Bl. v. 1844. Nr. 33, S. 619 — 622.

„Nach gemeinem Civilrechte ist der landesherrliche Fiskus aus seinen Verträgen Verzugszinsen zu entrichten nicht verbunden; dieses Privilegium ist

auf andere Obligations-Verhältnisse, und auf andere als Verzugszinsen nicht auszudehnen, und erlöscht nach bayerischem Prozeßrechte mit der Zustellung der auf die Klage gegen den Fiskus erlassenen richterlichen Ladung."

## Motive.

L. 17. §. 5. ff. de usuris etc. (22, 1.) verordnet:

„Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit, ut solet a foricariis qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus. Cum autem in loco privati successit, etiam dare solet."

Hiedurch ist dem landesherrlichen Fiskus, insoferne er nicht Nachfolger einer Privatperson geworden, ein Privilegium ertheilt, welches seiner Natur nach strenge, und im Zweifel einschränkend erklärt werden muß.

L. 14. ff. de legib. (1, 3.).

L. 141. ff. de R. J. (50, 17.).

L. 10. ff. de jure fisci. (49, 14.).

Nach den Worten:

„ex suis contractibus"

bezieht sich dieses Privilegium nur auf Forderungen aus Verträgen, welche der Fiskus mit Andern geschlossen hat, nicht aber auf Forderungen aus irgend einem andern Obligations-Verhältnisse, und auch bei ersterem nur auf solche Leistungen, welche aus dem Vertrage selbst, aus dessen Wesenheit oder Natur hervorgegangen sind, nicht aber auf solche, welche aus einem andern zufällig hinzugekommenen Rechtsverhältnisse abgeleitet werden.

Aus den Worten:

„sed ipse accipit, ut solet a foricariis qui tardius pecuniam inferunt"

ist ferner zu entnehmen, daß nur diejenigen Zinsen gemeint seyen, welche ihren Grund einzig und allein in

der mora haben, daß demnach das Privilegium sich weder auf stipulirte, noch auf solche Zinsen erstrecke, die auf irgend einem andern gesetzlichen Grunde beruhen.

Die Rechtshängigkeit versetzt den Beklagten in der Regel nicht nur in Verzug, sondern auch in bösen Glauben. Die rechtliche Folge hievon ist, daß der Beklagte, insoferne er in dem Rechtsstreite unterliegt, dem Kläger Alles herausgeben muß, was derselbe gehabt hätte, wenn er sogleich nach der Anhängigmachung des Rechtsstreites befriediget worden wäre, mithin die Früchte der Sache, die Zinsen der Geldforderung.

L. 25. §. 7. L. 40. pr. ff. de hered. pet. (5, 3.) L. 2. C. de fruct. et lit. exp. (7, 51.) L. 20. ff. de rei vind. (6, 1.) L. 31. pr. ff. de reb. cred. (12, 1.) L. 35. L. 38. §. 7. ff. de usur. (22, 1.) L. 2. ff. ib. in Verb. mit L. 2. C. de usur. (6 47.) L. 35. L. 75. ff. de verb. signif. (50, 16.)

Die bayerische G. O. bestimmt im Cap. 5. §. 9.

„Die Wirkung der erkannten und insinuirten Citation ist, das auf Seite des citati mala fides daraus entsteht;"

wodurch zugleich die gemeinrechtliche Controverse entschieden ist, ob die mala fides schon mit der Citation oder erst mit der Litiscontestation eintrete.

Gegen die rechtlichen Folgen dieser mala fides ist dem Fiskus ein Privilegium nicht ertheilt, dessen auf der L. 17. §. 5. ff. de usur. beruhendes gemeinrechtliches Privilegium erlöscht daher nach bayerischem Prozeßrechte mit der Zustellung der auf die Klage erlassenen richterlichen Ladung.

München den 5. Juni 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Bei Verhinderung des K. Präsidenten:

v. Gerngroß, Direktor.

Söllner, Secretär.

# XXIX.

## Plenar=Beschluß

vom 30. Oktober 1844,

die Zulässigkeit des Rechtsweges in Bezirks=Concurrenz=Fällen betreffend.

(Reg.=Bl. v. 1844, Nro. 49, S. 875 — 880.)

„Wenn nach dem Gesetze vom 11. September 1825, die Distrikts=Umlagen betreffend, von der Administrativstelle auf Concurrenz=Pflicht zur Führung eines Baues erkannt wurde, so kann der zur Concurrenz Gezogene auf den Grund des Herkommens oder eines sonstigen Privatrechtstitels gegen den königl. Fiskus oder überhaupt einen Dritten noch eine Klage vor dem Civilgerichte auf Uebernahme der Baulast und Ersatz des etwa schon Geleisteten erheben."

## Gründe.

1) Das Gesetz von 1825 über Distrikts=Umlagen verordnet im §. 2. Nro. 3 die förmliche Einleitung einer Distrikts=Umlage begreife die Erörterung der Beitragspflichtigkeit in sich, nach Umständen mit Rücksicht auf etwa vorhandene freiwillige Anerbietungen, — dann auf besondere Verträge, Herkommen, Gesetze und Verordnungen. Nach §. 8 desselben Gesetzes hat sodann die Kreisregierung zu entscheiden, ob und wie eine Distrikts=Umlage stattfinden soll.

2) Hieraus läßt sich jedoch noch keineswegs die Folgerung ziehen: wenn zum Behufe von Strassen= oder Wasserbauten der Gemeinden eine Bezirks=Umlage in Gang gebracht wird, und sich hiebei über das Bestehen oder die Einwirkungen von Verträgen und Herkommen

unter den Betheiligten Streit ergibt, so umfasse der Ausspruch der einschlägigen Administrativ-Stellen zugleich eine competente Entscheidung über die Ergebnisse jener Privatrechtstitel, welche nicht weiter in Frage gestellt werden könne.

3) Indem vielmehr die erwähnte Gesetzesstelle den Behörden der inneren Verwaltung zur Pflicht machte, nach Umständen auf dergleichen bereits vorhandene Direktiven Rücksicht zu nehmen, konnte sie nur beabsichtigen, den letzteren, statt sich darüber hinwegzusetzen, in Uebereinstimmung mit dem bayerischen Landrechte Thl. IV. cap. 16. §. 11. Nro. 5 Anerkennung zu verschaffen, und die Erfüllung der Bezirks-Concurrenz auf den engeren Umkreis desjenigen zurückzuführen, was nach dem Anschlage schon vorhandener und unbestrittener Verpflichtungen noch zu decken übrig bliebe.

4) Sind dagegen die letzteren in Contestation gezogen, so liegt nirgends ein Grund vor, um anzunehmen, man habe vermöge einer Versetzung der ursprünglichen und natürlichen Competenz-Verhältnisse den Verwaltungs-Stellen blos wegen Zusammenhanges der Sache eine Befugniß einräumen wollen, ihre Entscheidung auch auf die miteinschlagenden Punkte des Privatrechtes zu erstrecken; — vielmehr sind im Sinne der oben angeführten Bestimmung die Umstände alsdann von der Art, daß auf Verträge und Herkommen zur Zeit keine — oder nur eine vorübergehende Rücksicht genommen werden kann, mit dem sich von selbst verstehenden Vorbehalte für die Betheiligten, die Streitfragen, welche sich um dergleichen positive Verpflichtungsgründe drehen, vor dem ordentlichen Richter später noch zur definitiven und allein zuständigen Erledigung zu bringen.

5) Mit dieser Auffassung der Sache finden sich auch die übrigen Bestimmungen des angeführten Gesetzes im

Einklange. Denn das contradictorische Verfahren, welches im §. 6. Nro. 3. zur Instruktion von Punkten vorgeschrieben ist, worüber sich in der Distrikts-Versammlung eine Verschiedenheit der Meinungen äußert, bildet kein ausschließendes Kennzeichen einer Verhandlung, auf deren Grund über bestehende privatrechtliche Verhältnisse rechtskräftig aberkannt werden könnte.

Daß nach §. 8. Nro. 2 die Entscheidung der Regierung nur über die eigentlichen Rechtsfragen zu fassen ist, läßt sich vermöge des angehängten Gegensatzes von wirthschaftlichen Fragen am natürlichsten von Fragen des Verwaltungsrechtes, und namentlich von der richtigen Anwendung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes selbst und der ihm zu Grunde liegenden Societäts-Regeln zwischen den einzelnen Gemeinden auf jeden einzelnen Fall verstehen, ohne darum das Gebiet des Privatrechtes zu berühren.

Die Beiziehung von Fiskalbeamten, worauf der §. 9 hinweist, war nöthig oder wünschenswerth, um das königliche Aerar in jener Betheiligung mit Grundbesitz zu vertreten, welche der Stellung der einzelnen Gemeinden analog ist, ohne zu dem Schlusse zu berechtigen, sie hätte jeden eventuellen Rückgriff auf dasselbe vor den Gerichten für immer beseitigen sollen.

Die Eröffnung des Rekurses für administrativ-contentiose Gegenstände im §. 8. Nr. 3 findet ihre erschöpfende Beziehung auf alle übrigen streitigen Punkte zwischen den Mitgliedern einer Bezirksgemeinde, wobei die dem Privatrechte angehörigen noch immer ausgeschlossen bleiben können.

6) Hieraus ergiebt sich nun die Folge, daß eine Gemeinde oder sonstige Person, welche von der Administrativbehörde zur Concurrenz gezogen wurde, noch immer eine Klage vor den Gerichten anstellen könne, zwar nicht

auf Befreiung von Beiträgen gegen den Bezirk, wohl aber gegen denjenigen, den sie auf dem Grunde erweislicher Privatrechtstitel als den wahrhaft Verpflichteten bezeichnet, — zu dem Endzwecke, um ihn zur Anerkennung dieser Verbindlichkeit zu zwingen, und nach Maaßgabe derselben zur Erfüllung desjenigen verurtheilt zu sehen, was ihr selbst an Beiträgen darin auferlegt wurde, so wie zum Rückersatze desjenigen, was sie etwa hierauf schon verwendete.

Es versteht sich übrigens dabei von selbst, daß hiedurch der Fortgang der Bezirksumlage und aller hierauf gebauten Operationen nicht gehemmt werden könne, so wie überhaupt, daß die Beziehung des Einzelnen zu dem ganzen Bezirke durch jene Verfolgung besonderer Ansprüche keine den gemeinsamen Interessen ungünstige oder für ihr Förderniß aufhaltsame Veränderung erleide.

München, den 30. Oktober 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

v. Gerngroß, Direktor.

Nickels, Secretär.

---

## XXX.

# Plenar-Beschluß

## vom 13. November 1844,

die Zehentbefreiungen des Dollenklees im vormals Würzburgischen Gebiete betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1844, Nro. 51. S. 968 — 972.)

---

„Unter dem ersten Jahre, in welchem nach §. 2. lit. b. der fürstbischöflich Würzburgischen Verordnung vom 16. April 1802 von dem Dollenklee kein

Zehent entrichtet wird, ist das Jahr der Aussaat, und nicht das nächstfolgende seines ersten Vollertrages zu verstehen."

## Gründe.

1) Eine fürstbischöfliche Würzburgische Verordnung vom 16. April 1802, den Kleezehent betreffend, gestattet im §. 2. dem Kleebaue folgende Befreiungen:

„a. der Monats- und türkische Klee sollen in den zwei ersten Jahren ihres Anbaues zehentfrei gelassen werden;"

„b. vom Dollenklee wird im ersten Jahre kein Zehent entrichtet;"

„c. von dem in der Brache gebaut werdenden Klee ist lediglich der Dollenklee von der Bezehntung frei."

2) Die zweite dieser Bestimmungen ist insoferne einer zweifachen Auslegung fähig, und hat dieselbe auch wirklich gefunden, als man unter dem ersten Jahre, worin vom Dollenklee kein Zehent entrichtet wird, einerseits auch wieder das erste Jahr seines Anbaues verstehen kann, worin die neu emporkeimende Kleepflanze, sei nun ihr Saamenkorn im nämlichen Frühlinge erst ausgesäet, oder schon im Herbste zuvor in die Wintersaat gesprengt, noch klein ist, und bei ihrem unbeträchtlichen Wachsthume in der Regel gar nicht, oder nur ausnahmsweise mit einer spärlichen Ausbeute abgemäht wird, — oder auf der anderen Seite jenes erste Jahr auch das unmittelbar darauf folgende seyn kann, worin der kräftige Stand des Dollenklees seinen ersten Vollertrag zur Perception und mehrmaligen Aernte darbietet.

3) Nur jenes zuerst erwähnte Verständniß entspricht indessen dem Wortlaute wie dem Geiste der ganzen Verordnung. Denn da in dem ersten Absatze unter lit. a. bezüglich des Monats- und türkischen Klees die zwei

ersten Jahre des Anbaues für zehentfrei erklärt wurden, so ergiebt schon der innere Zusammenhang der ganzen Verfügung, daß der Gesetzgeber in dem unmittelbar darauf folgenden Satze unter lit. b., wo er des ersten Jahres allein erwähnt, auch wieder das des Anbaues oder der Anpflanzung jener Klee=Art im Auge gehabt, indem es außerdem, wenn er von einem ersten Jahre in einem abweichenden Sinne hätte sprechen wollen, nothwendig gewesen, zur Vermeidung von Mißverständnissen sich näher hierüber zu erklären.

4) Auch würde die zweite der oben erwähnten Auslegungen dahin führen, daß dem Monats= und türkischen Klee, — so wie dem Dollenklee ganz gleiche Befreiungen für die zwei ersten Jahre des Anbaues zugestanden wären, in welcher Voraussetzung sich nicht absehen ließe, wozu die Absonderung der beiden Bestimmungen unter lit. a. und b. dienen sollte.

5) Ein weiteres Ergebniß der nämlichen Auslegung bestünde darin, daß der Dollenklee, wo er zur Aufhebung der Brache mit der Dreifelder=Wirthschaft in Verbindung gebracht wird, was doch zur Zeit des Erscheinens jener Verordnung die regelmäßige Beschaffenheit seines Vorkommens bildete, vermöge einer Combination der Bestimmungen des §. 2. lit. b. und c. gänzlich zehntfrei bliebe. Auch hierüber würde sich der Gesetzgeber, wäre es seine Absicht gewesen, auf ganz andere Weise und bestimmter ausgesprochen haben.

6) Dagegen behält die streitige Stelle des General=Mandats von 1802, in dem ihr zuerst beigelegten Sinne aufgefaßt, noch immer ihre Bedeutung und Wirksamkeit als eine den Kleebau begünstigende Befreiung, — und zwar in denjenigen Jahren eines ersten Anbaues, wo ausnahmsweise der junge Klee schon geschnitten wird, weil alsdann dem Zehentherrn kein Antheil daran ge=

bührt, — in den übrigen Jahren dagegen bei einer umgekehrten Bewandtniß der Sache, weil jedes Verlangen des Zehentherrn, den Klee in Anwendung des §. 4 der Verordnung abmähen zu lassen, eben darin seine bestimmte Zurückweisung findet.

7) Hieraus ergiebt sich also die Folge, daß der zuerst in die Winterfrucht gebaute Dollenklee, wenn er in der sogenannten Lenzenflur steht und abgemäht wird, der Auszehentung unterliegt, was im Hinblicke auf den §. 6. der Verordnung auch den dort in Bezug genommenen Rücksichten der Billigkeit entspricht, um den Zehentherrn einigen Ersatz für den ihm entgehenden Getraidzehent zu gewähren, wogegen derselbe im dritten Jahre der Brache in Kraft der ihm unter lit. c. zugesicherten Begünstigung unbeanstandet wieder zehentfrei zu bleiben hat.

8) Wenn gleich die Finanzstellen jener Provinz, wofür die Verordnung ursprünglich gegeben wurde, die Anfragen einiger Rentämter selbst mit Zustimmung des Landesherrn in einem hievon abweichenden und der Zehentfreiheit günstigerem Sinne erlediget haben, so kann der hiebei zu Grund liegenden Directive in Ermanglung einer öffentlichen Bekanntmachung doch nie das Gewicht einer authentischen Interpretation beigelegt werden, zumal dieselbe nur auf die Verwaltung der landesfürstlichen Kammergefälle berechnet war.

München den 13. November 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Dr. Fertig, Secretär.

# XXXI.

## Plenar-Beschluß

### vom 4. Dezember 1844,

**die rechtlichen Voraussetzungen eines Erbschafts-Anfalls nach Preußischem Landrechte betreffend.**

(Reg.-Bl. v. 1844, Nro. 60. S. 1205 — 1208.)

---

„Nach Preußischem Landrechte kann derjenige, welcher zu einer Erbschaft berufen ist, und weder in der gesetzlichen Ueberlegungsfrist über die Annahme oder Ausschlagung dieser Erbschaft sich erklärt, noch rechtzeitig ein vorschriftsmäßiges Inventar eingereicht, oder dessen gerichtliche Aufnahme beantragt hat, sich gegen den Rechtsnachtheil, daß er für einen Erben, welcher ohne Vorbehalt angetreten, zu achten sey, durch das Vorbringen schützen, der Verstorbene habe gar kein Aktiv-Vermögen hinterlassen."

Es sind bei dem obersten Gerichtshofe entgegengesetzte Ansichten darüber entstanden, ob nach dem Preußischen Landrechte derjenige, welcher an sich zu einer Erbschaft berufen ist, (Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9. §. 367.), und weder in der gesetzlichen Ueberlegungsfrist über die Annahme oder Ausschlagung derselben sich erklärt (§§. 383. 384. 385. ebendas.), noch rechtzeitig (§§. 424. 425. 426.) ein vorschriftsmäßiges Inventar (§. 423.) eingereicht, oder dessen gerichtliche Aufnahme beantragt hat, sich gegen den Rechtsnachtheil, daß er für einen Erben, welcher ohne Vorbehalt angetreten, zu achten sey (§§. 427. 418. 419.), durch das Vorbringen schützen kann, der Verstorbene habe gar kein Aktivvermögen hinterlassen, so daß hierüber im Falle eines Widerspruchs auf Beweis erkannt werden müßte.

In Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wurde die Rechtsfrage zur Berathung in einer Plenarversammlung verwiesen und bejahend entschieden.

## Motive.

1) Das Preußische Landrecht hat Thl. I. Tit. 9. §. 419. im Bezug auf denjenigen, welcher eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, und nach §. 418. ebds. für alle daran zu machenden Forderungen haften muß, nur den Einwand verworfen, daß die Schulden das Aktivvermögen übersteigen, ohne dabei auszusprechen, daß eine gleiche Haftung auch da statt habe, wo der Verstorbene gar kein Aktivvermögen hinterließ.

2) In einem solchen Falle mangelt es an dem gesetzlichen Begriffe einer Erbschaft, und es können folglich auch die Bestimmungen über die Verbindlichkeit der Erben zur Erklärung über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft und zur Vorlage eines Inventars nicht zur Anwendung kommen.

Nach Preußischem Landrechte Thl. I. Tit. 2. §. 34. heißt „der Inbegriff der Sachen und Rechte eines Verstorbenen, dessen Verlassenschaft", und nach §. 35. ebendas. wird solcher „in Beziehung auf denjenigen, welcher dergleichen Inbegriff überkommt, Erbschaft genannt."

Wenn es in Thl. I. Tit. 9. §. 350. weiter heißt: „die Erbschaft eines Verstorbenen oder für todt Erklärten besteht aus dem Inbegriffe aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten"; so ist damit im Einklang mit Thl. I. Tit. 2. §. 36. nur ausgesprochen, daß die Pflichten, d. i. die Schulden des Verstorbenen, da, wo solche zufällig vorhanden, ebenfalls den Bestandtheilen der Verlassenschaft beizuzählen sind, und auf dem Nach-

lasse haften, nicht aber, daß schon Pflichten, d. i. Schulden ohne Sachen und Rechte, eine Erbschaft bilden.

Einer solchen Annahme tritt auch der Umstand entgegen, daß das Preuß. Landrecht von einem Eigenthum der Erbschaft spricht, was offenbar auf Verlassenschafts-Schulden oder Verlassenschafts-Pflichten nicht paßt,

§§. 368. 382. a. a. O. Thl. I. Tit. 8. §. 2.

und daß dasselbe an mehreren Stellen das Vorhandenseyn eines positiven Faktors in dem Begriffe einer Erbschaft voraussetzt.

Thl. I. Tit. 9. §§. 383. 434. 481.

3) Da der Erbe nur aus dem Grunde in die Pflichten des Erblassers eintritt, weil er auch dessen Rechte überkommt, so fehlt es an jeder Veranlassung, die gesetzlichen Bestimmungen, welche nur für den Fall, wo eine Erbschaft wirklich vorhanden und angefallen, auf einen andern, wo diese Voraussetzungen mangeln, auszudehnen, zumal, wenn man erwägt, daß Fictionen ebenso, wie Rechtsnachtheile, als Folgen von Versäumnissen, nur kraft ausdrücklich darauf gerichteter gesetzlicher Bestimmungen einzutreten haben.

München, den 4. Dezember 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Schidermair, Secretär.

---

## XXXII.

# Plenar-Beschluß

vom 19. Dezember 1844,

Das Herkommen beim Kleinzehent nach bayerischem Landrechte betr.

(Reg.-Bl. von 1845, Nro. 2, S. 24—33.)

---

„Das Orts-Herkommen, dessen das bayerische Landrecht Thl. II. Cap. 10. §. 3. Nro. 3. rücksichtlich des

Klein-Zehents erwähnt, ist nicht auf einzelnes Grundstück, sondern auf einen Distrikt, — in Ansehung bestimmter Früchte zu beziehen; — auf Neubrüche jedoch nur insoweit, als der Noval-Kleinzehent in demselben Distrikte schon hergebracht ist."

## Gründe.

1) Das bayerische Landrecht verordnet a. a. O.: „Giebt man nach uralter Landes-Obser„vanz den kleinen Zehent überhaupt nur „an Orten, wo er Herkommens ist, und in „dem Maaße, wie er Herkommens ist."

Das alte Landrecht von 1616. enthielt Tit. 28. Art. 16. im Wesentlichen dieselbe Bestimmung.

Beide Stellen konnten nur beabsichtigen, hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Reichniß des Klein-Zehents, statt eine feste Regel, wie beim Groß-Zehent, aufzustellen, lediglich auf das Local-Gewohnheits-Recht in diesem Punkte als die allein entscheidende Norm hinzuweisen.

2) Dafür, daß jenes Herkommen nicht auf ein einzelnes Grundstück zu beziehen sei, wie früher in mehreren oberstrichterlichen Entscheidungen angenommen wurde, spricht vor Allem der Ausdruck:

„nur an Orten,"

von welchem es ungewöhnlich und dem natürlichen Sprach-Gebrauche entgegen wäre, ihn für gleichbedeutend mit dem einzelnen Felde oder Grundstücke zu nehmen. Auch das Landrecht und die Anmerkungen hiezu bedienen sich in dem ganzen Zehent-Capitel der Bezeichnung „Ort" regelmäßig nur in dem Sinne einer Ortschaft, eines Dorfes, Fleckens, oder jeder Orts-Gemeinde, wie insbesondere aus den Bestimmungen des §. 10. Nro. 1. und 5. a. a. O. über Neubrüche erhellet, wo gleichfalls

auf das Herkommen hingewiesen ist, während doch ein solches auf einem einzelnen neukultivirten Grunde als bereits bestehend nicht gedacht werden kann. Vergl. §. 14. Nro. 3 ebendaselbst; dann die Anmerk. zu §. 10. Nro. 2. Lit. b. („in selbigem Distrikte"), zu §. 13. Lit. g. und §. 15. Lit. e.

Wo das Landrecht ausnahmsweise nur ein Herkommen bei dem Gute selbst will gelten lassen, hat sich dasselbe bestimmt hierüber ausgesprochen, wie z. B. IV. 7. §. 11. Nro. 5. und 9. in Beziehung auf Handlohn.

3) Das Wort: „Herkommen" ist nach dem Landrechte I. 2. §. 15. gleichbedeutend mit Gewohnheits-Recht, und bezeichnet daher eine Regel des nicht geschriebenen Rechtes, welche ihre Herrschaft über eine ganze Klasse von Personen oder Sachen verbreitet.

Wollte man dasselbe in der angeführten Stelle blos auf ein einzelnes Grundstück beziehen, so wäre damit offenbar das Wesen der Verjährung ausgedrückt, und hienach der Begriff von Herkommen mit dem Begriffe von Verjährung verwechselt, obgleich in dem Landrechte, besonders §§. 6. 21. und 22., und in den Anmerkungen, der Begriff von Herkommen oder Gewohnheit genau von dem Begriffe der Verjährung unterschieden ist. Vergl. die Anmerk. zu I. 2. §. 15. Nro. 1. — zu II. 4. §. 1. Lit. f. — dann zu II. 10. §. 6. Lit. f. — §. 12. Lit. a. und e. — §. 13. Lit. a. — §. 14. Lit. c. und d. — §. 16. Lit. d. — §. 19. Lit. b. — §. 21. und §. 22. Lit. c.

4) Mit den Worten: „und in dem Maaße, wie er Herkommens ist" kann nicht sowohl die Einschränkung auf ein bestimmtes Flächenmaaß gemeint seyn, weil der Anbau der grünen Früchte einem häufigen Wechsel der Grundstücke unterliegt, als vielmehr eine jede Modalität der Zehent-Reichniß überhaupt. Dieses erhellet aus

den Anmerkungen zu §. 3. Nro. 4. Lit. b. „der kleine Zehent beruhe sowohl circa modum als substantiam auf jedes Orts besonderem Herkommen," — in Vergleich mit denen zu §. 12. Lit. f., wo nochmals der modus decimandi beim Kleinzehent der alten Observanz überlassen wird.

5) Die Stelle der Anmerkungen zu §. 24. und 25. Nro. 5. Lit. h. a. a. O. ist nicht hinreichend, daraus die Folgerung zu ziehen, der Kleinzehent müsse unter allen Umständen auf jene Grundstücke eingeschränkt bleiben, auf denen er durch Verjährung erworben ist. Denn nach dem Inhalte dieser Stelle soll sich zwar beim Beweise der Zehent-Last „von einem Feld oder Grundstück, son„derbar wo es nur um den kleinen Zehent zu thun ist, „auf das andere nicht schließen lassen." Allein dieses Verbot des einfachen Schlusses von Grund auf Grund, von den angränzenden Feldern auf ein in ihrer Nähe oder Mitte gelegenes ist nicht zu beziehen auf die Voraussetzung, wenn in einem ausgebreiteten Zehent-Bezirke, bestehe nun derselbe, wie gewöhnlich, in der ganzen Flurmarkung einer Gemeinde, oder in einem besonderen Distrikte derselben, wo die Zehentverhältnisse immer auf gleichem Fuße behandelt wurden, eine solche Frequenz der Fälle sich gegenseitig unterstützend zusammentrifft, daß darin alle Erfordernisse eines rechtsmäßigen Local-Gewohnheits-Rechts sich vereiniget finden.

Vergl. Anmerk. zu §. 16. Lit. d. und zu §. 21. a. a. O.

Bar. Schmid, Semic. II. Contr. 29. Nro. 9.

6) Durch die Bezugnahme jener Anmerkung auf den Grundsatz: „tantum praescriptum, quantum possessum" wurde dem Wesen nach mehr nicht ausgedrückt, als die in dem Gesetze selbst klar enthaltene

Bestimmung daß der kleine Zehent nur in dem Maaße, wie er Herkommens ist, soll gefordert werden können.

Der Ausdruck: praescriptum ist nicht in dem nur auf die Verjährung sich beziehenden, — sondern in einem uneigentlichen das Herkommen andeutenden Sinne gebraucht worden, wie dies auch schon von Bar. Schmid am zuletzt angeführten Orte, dann ad. Stat. bav. Tit. 28. Art. 13. Nr. 5. geschehen ist.

Um jener gesetzlichen Bestimmung, daß der kleine Zehent nur in dem Maaße erhoben werden könne, in welchem er Herkommens ist, ihre volle Anwendung zu sichern, wurden dem oben stehenden Beschlusse die Worte:

„in Ansehung bestimmter Früchte"

ausdrücklich beizufügen für nothwendig erachtet.

7) Es kann nicht eingewendet werden, daß eine causa universalis, deren jene Stelle erwähnt, nicht vorhanden sey, nachdem das Landrecht dieselbe, in der Hinweisung auf den Orts-Verband selbst an die Hand gegeben, und nach den Anmerkungen zu II., 5. §. 13. Lit. e., worauf die vorerwähnte Stelle ausdrücklich zurück verweist, lediglich aus den Umständen nach richterlichem Ermessen zu beurtheilen kömmt, wie weit actus possessorii, gegen einige membra universitatis exercirt, das Inhaben gegen die ganze Gemeinde zu beweisen vermögen.

Vergleiche Anmerk. zu §. 22. Lit. c. a. a. O.

8) Die Cultur-Verordnung vom 28. September 1793. (Mayer'sche General.-Sammlung Bd. V. S. 273.), welche obige Stelle der Anmerkungen nur in ihrem nicht dispositiven Eingange wiedergab, konnte ihr keinen anderen Sinn beilegen, der ihr nicht schon ursprünglich inne wohnte, und gab ihr überdies nur eine besondere Anwendung auf die in die Brache gebauten Futterkräuter, abgesehen davon, daß eine bald nachgefolgte Erläuterung vom 16. September 1794 (S. 304. a. a. O.)

die in gegenwärtigem Beschluße angeführte Bestimmung des Landrechts selbst in Bezug auf alle übrigen Klein-Zehent-Früchte wiederholte.

9) Aus Allem dem ergiebt sich, daß die eingangserwähnte Bestimmung des Landrechtes nur in dem Sinne verstanden werden könne, daß sie die uralte Landes-Observanz in diesem Belange aufrecht erhaltend, die ganze Last des Kleinzehentes mit allen sich darin anknüpfenden Rechtsfragen in jedem Bezirke von größerem oder kleinerem Umfange nur unter die Herrschaft des daselbst geltenden und erweislichen Local-Herkommens gestellt, aber nicht von jedem einzelnen Grundstücke den Nachweis der vollendeten Verjährung verlangt habe. Diese letztere bleibt vielmehr immerhin ein statthafter Titl, um individuelle Ausnahmen von der durch das Gewohnheits-Recht bezeichneten Regel der Pflichtigkeit oder Freiheit darauf gründen zu können.

10) Die oben gegebene Auslegung jener Stelle wird noch dadurch bekräftiget, daß selbst die Frage, welche Früchte zum Groß- und zum Kleinzehent zu rechnen seyen, nicht durchgreifend in dem Landrechte entschieden, sondern wieder an jedem Orte von den Zufälligkeiten des alten Herkommens abhängig gemacht wurde (L. R. II., 10., §. 2. und Anmerk. zu §. 3. Nr. 3. Lit. a. und c.), welches daher nur um so mehr im Stande seyn muß, auch für die jener Eintheilung untergeordneten Streitigkeiten über die betreffende Last als Directive den Ausschlag zu geben.

11) Eine solche Local-Gewohnheit, nach welcher der Kleinzehent von bestimmten Fruchtgattungen auf dem von jeher angebauten Lande einer Flurmarkung gegeben wird, läßt sich jedoch noch nicht von selbst auf die Neubrüche mit erstrecken, weil diese nach gemeinem, wie nach bayerischem Landrechte der Zehentlast des Altlandes

nicht von selbst und gleichmäßig unterworfen sind, vielmehr überall besonderen Vorschriften unterliegen, — weil bei der Verschiedenartigkeit der Verhältnisse dieser Grundstücke die gutwillige Reichniß des Zehents von den älteren Grundstücken nicht als concludente Handlung — oder als Anerkenntniß einer Verpflichtung in Betracht kommen kann, ihn auch von dem Neulande zu geben, — hierin vielmehr ein neues und erhöhtes Maaß der üblichen Last liegen würde, und schon Bar. Schmid Semic. I. Cont. 36. Nr. 9. von dem Prätendenten des Kleinzehents bemerkt:

Se in antiqua observantia fundare debet, cujus natura est strictissimae interpretationis et ultra qualitatem sive terminos actuum minime extendenda.

12) Läßt sich jedoch an einem Orte ein besonderes Herkommen nachweisen, nach welchem auch der Kleinzehent von den neu cultivirten Gründen — im Anbaue bestimmter Fruchtgattungen — von jeher gleichmäßig gegeben wurde, so können auch hier wieder die Bedingnisse eines erweiterten und über seine alten Gränzen hinausreichenden Gewohnheits-Rechtes vorliegen, kraft dessen auch die jüngsten oder künftigen Neubrüche mit dem Kleinzehent in gleichem Maaße belastet werden.

L. R. §. 10. Nr. 5. a. a. O.

Bar. Schmid ad Stat. bav. Lit. 28. Art. 13. No. 5. et Semic. II. Contr. 29. No. 9.

Die Erfordernisse eines solchen Herkommens zu prüfen, muß natürlich auch hier wieder der Beurtheilung in jedem einzelnen Falle überstellt bleiben.

Vorstehender Plenar-Beschluß wird nach Art. I. und IV. des Gesetzes vom 17. November 1837., die

Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen beim Obersten Gerichtshofe betreffend, hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 19. Dezember 1844.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Paulus, Secretär.

---

# XXXIII.

## Plenar-Beschluß

vom 15. Januar 1845,

die Berufungen in Streitigkeiten über das Handlohnsrecht oder dessen Umfang betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1845, Nro. 5. S. 82—86.)

---

„In Streitigkeiten über das Handlohns-Recht oder dessen Umfang sind Berufungen auf dem Grunde des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, an die gesetzliche Berufungssumme nicht gebunden."

### Gründe.

1) Daß vor der Wirksamkeit des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichts-Ordnung betreffend, in Streitigkeiten über das Handlohnsrecht, so wie in Streitigkeiten über dessen Umfang eine Berufungssumme nicht erforderlich war, ist durch den oberappellationsgerichtlichen Plenar-Beschluß vom 27. Juni 1838 (Regierungsblatt Nro. 29. S. 485—489.) festgestellt, durch das Gesetz vom 17. November 1837 sind aber diese Berufungen nicht von einer Berufungs-Summe abhängig erklärt worden.

Dieses Gesetz hat die Berufungssumme in einigen Fällen angeordnet, wo die früheren Gesetze, namentlich die Gerichtsordnung Cap. 15. §. 3., das Generalmandat

vom 16. August 1779, und der Landtagsabschied vom 29. Dezember 1831 Abschn. III. §. 8. lit. c. solche nicht gefordert, oder die Art und Weise der Erhebung der Berufungssumme nicht näher bezeichnet hatten, als bei jährlichen Renten (§. 59.), bei Naturalleistungen (§. 60.), und bei Grunddienstbarkeiten (§. 61. Abs. 3.)

Nebstdem wurde (§. 61. Abs. 1.) bestimmt, daß Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder anerkannt ist, welche aber eine Schätzung zulassen, gerichtlich geschätzt werden sollen, zugleich aber auch (§. 63.) verordnet, daß ohne Rücksicht auf eine Summe die Berufung zuläßig sey, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine bestimmte Schätzung nicht zulassen.

2) Das Handlohnsrecht läßt eine bestimmte Schätzung nicht zu, weil nicht im Voraus bestimmt werden kann, wie oft ein Handlohnsfall eintreten werde, sonach jede Basis zu einer bestimmten Schätzung im Sinne des §. 63. mangelt, eine gesetzliche Wahrscheinlichkeits-Berechnung der Handlohnsfälle für streitige Rechtssachen aber, welcher sich die Partheien unterwerfen müßten, nicht bestehet.

Ueberdieß haben die Organe der Regierung bei der ständischen Berathung des Entwurfes zum Gesetze vom 17. November 1837 ausdrücklich erklärt, daß, wo es sich vom Rechte der Handlohnbarkeit oder einer gewissen Quote der Handlohnsberechtigung handle, nach Cod. jud. cap. 15. §. Nro. 6. die Berufung unbedingt zuläßig sey.

Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1837. Beil.-Band VI. S. 220. Verh.-Bd. X. S. 48. ff.

3) Das Gesetz vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, nach Form und Inhalt ein korrektorisches Gesetz, kann seine Wirksamkeit nicht weiter erstrecken, als es die ausdrücklichen Bestimmungen dieses Gesetzes selbst verlangen;

§. 115. des Gesetzes vom 17. November 1837, und eben deßhalb ist die analoge Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes ausgeschlossen;

L. 32. §. 6. Cod. de appellat. (7. 62.), sofort kann die Bestimmung des §. 61. über die Schätzung der Grunddienstbarkeiten nicht als Maaßstab der Zuläßigkeit der Berufungen in Streitigkeiten über das Handlohnsrecht oder dessen Umfang gelten; vielmehr erscheinen diese Berufungen in den Rechtsstreiten, in welchen entweder

a) das Handlohnsrecht oder dessen Umfang für sich allein und abgesehen von einem konkreten Handlohnsfalle, oder

b) zugleich mit Berücksichtigung eines konkreten Handlohnsfalles in Contestation gezogen ist,

im Hinblicke auf die Gerichtsordnung Cap. 15. §. 3. Nro. 6. unbedingt und selbst dann zuläßig, wenn das Objekt, aus welchem das Handlohn angesprochen wird, die Berufungssumme nicht erreicht.

Dagegen liegen außer dem Bereiche obiger Rechtsfrage und sind sofort an die gesetzliche Berufungssumme gebunden jene Fälle, in welchen weder das Handlohnsrecht, noch dessen Umfang an sich in Contestation gezogen wurde, und der Streit in Bezug auf ein handlohnbares Gut sich um andere Punkte, z. B. um die Frage drehet, ob ein konkretes Rechtsgeschäft ein Kauf sey, oder ob die in Kaufsfällen unstreitig nach bestimmten Procenten des Kaufschillings handlohnbare Sache um eine höhere oder geringere Summe verkauft worden sey.

München, den 15. Januar 1845.

Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

v. Sichlern, Secretär.

# XXXIV.
## Plenar=Beschluß
### vom 13. März 1845,
### die Berufungsfristen im Interventions=Prozesse betreffend.

(Reg.=Bl. v. 1845, Nr. 13, S. 203—207).

„Berufungen gegen Erkenntnisse über Prinzipal=Interventionen, bezüglich welcher der Hauptprozeß im Exekutions=Verfahren schwebt, sind an die im §. 64. Abs. 4. Nr. 1. und §. 108. Abs. 1. des Gesetzes vom 17. November 1837 vorgeschriebene vierzehntägige Berufungsfrist nur in so weit gebunden, als die Beschwerden die Exekution betreffen."

Bei Anwendung der im Gesetze vom 17. November 1837 — einige Verbesserungen der Gerichtsordnung in bürgerlichen Rechtssachen betreffend — im §. 64. Abs. 4. Nro. 1. und §. 108. Abs. 1. enthaltenen Bestimmung, daß gegen alle richterlichen Erkenntnisse und Beschlüsse im Exekutions=Verfahren die Berufung schon innerhalb vierzehn Tagen angebracht werden müsse, sind beim obersten Gerichtshofe über die Frage, ob auch alle Berufungen gegen Erkenntnisse über Prinzipal=Interventionen, bezüglich welcher der Hauptprozeß bereits im Exekutions=Verfahren schwebt, an obige Vorschrift gebunden sind, entgegengesetzte Ansichten entstanden, und ungleichförmige Beschlüsse gefaßt worden.

Es ist sonach diese Frage in Gemäßheit des weiteren Gesetzes von demselben Tage, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse betreffend, in einer Plenar=Versammlung zur Berathung gebracht, und, wie oben angeführt, entschieden worden, aus nachstehenden

## Motiven:

1. Die Gerichtsordnung schreibt im cap. 8. §. 4., wo sie vorerst bestimmt, in welcher Weise accessorische Interventionen zu behandeln sind, sub Nro. 4. ausdrücklich vor, daß, wenn Jemand principaliter intervenirt, diese Intervention in Form einer besondern Klage traktirt, folglich auch immer bei der ersten gehörigen Instanz angebracht werden soll u. s. w.

2. Es ist somit der durch eine Prinzipal=Interventions=Klage hervorgerufene Rechtsstreit mit jenem frühern, durch welchen die Intervention veranlaßt ist, und welchen die Gerichtsordnung den Hauptprozeß nennt, nicht zu vermengen, sondern er ist als ein eigner, von dem Hauptprozeß, mit welchem er nur dadurch zusammenhängt, daß beide denselben Gegenstand betreffen, wesentlich verschiedener, ein durchaus selbstständiger.

3. Aus der Selbstständigkeit eines solchen Interventions=Prozesses folgt aber nothwendig, daß die Nothfrist für die in demselben einkommenden Berufungen nicht durch das Stadium, in welchem sich zufällig der Hauptprozeß befindet, bedingt seyn kann, und daß somit der Umstand, daß der Hauptprozeß schon im Exekutions=Verfahren schwebt, keinen hinreichenden Grund darbieten kann, die in den oben allegirten Gesetzesstellen enthaltene Bestimmung auf alle im Interventions=Prozesse einkommenden Berufungen anzuwenden.

4. Das Gesetz vom 17. November 1837 spricht nirgends aus, daß, wenn der Hauptprozeß bereits im Exekutions=Verfahren schwebt, dann auch der neue, der durch die Interventionsklage hervorgerufene Prozeß, mit dem Hauptprozeß gleichmäßig behandelt werden müsse. Die oben angeführten Stellen dieses Gesetzes erwähnen nur jener Berufungen, welche gegen Erkenntnisse und Beschlüsse im Exekutions=Verfahren selbst gerichtet sind,

und es darf deren Wirksamkeit gemäß §. 115. desselben Gesetzes nicht weiter ausgedehnt werden, als es die ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes selbst verlangen.

5. Es können sonach die oben erwähnten Gesetzesstellen auf Berufungen in einem Interventions-Prozesse, bezüglich dessen der Hauptprozeß bereits im Exekutions-Verfahren schwebt, nicht durchgängig, sondern nur dann Anwendung finden, wenn sie unmittelbar auf das Exekutions-Verfahren Bezug haben, wenn z. B. die Beschwerden die Fortsetzung oder Hemmung der Exekution im Hauptprozesse betreffen.

Auch versteht es sich von selbst, daß, wenn der Interventions-Prozeß bereits zum Exekutions-Verfahren gediehen ist, die hierin vorkommenden Berufungen an die vierzehntägige Berufungsfrist gebunden sind.

6. Wo es an diesen Voraussetzungen mangelt, wie z. B. bei Berufungen gegen ein im Interventions-Prozesse erfolgtes Beweisinterkolut oder Definitiv-Erkenntniß, kann die in den mehrerwähnten Gesetzesstellen enthaltene Bestimmung, wenn gleich auch derlei Berufungen auf die längere Dauer der im Hauptprozesse bereits geschehenen Sistirung des Exekutions-Verfahrens von Einfluß seyn können, nicht zur Anwendung gebracht werden.

München, den 13. März 1845.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Sighart, Sekretär.

---

# XXXV.

## Plenar-Beschluß

vom 16. April 1845,

die Zulässigkeit von Beschwerden eines rekusirten Richters betr.

(Reg.-Bl. von 1845, Nr. 17, S. 276—279).

---

„Einem Richter steht gegen den Beschluß, wodurch einem von der Partei gegen ihn gestellten Perhorreszenz-Gesuche statt gegeben wird, eine auf Verwerfung dieses Gesuches gerichtete Beschwerde zu."

### Gründe:

1. Nach der Gerichts-Ordnung cap. XV. §. 2. mag diese Appellation nicht nur von den streitenden Theilen, sondern auch von einem Dritten, soweit ihn das Gravamen direkte oder indirekte mit zu betreffen scheint, allerdings ergriffen werden.

Der Richter, gegen den der Perhorreszenz-Antrag einer Partei für statthaft erkannt wurde, kann nun in vielen Fällen ein unverkennbares Interesse haben, jenen Ausspruch als nicht gerechtfertiget wieder entkräftet zu sehen.

Der Fall einer indirekten Betheiligung gibt ihm daher auch Anspruch auf den Gebrauch jener Mittel, welche die Gerichtsordnung gegeben hat, um die Abhülfe einer zugefügten Beschwerde zu erlangen.

2. Das ordentliche Rechtsmittel der Appellation steht zwar blos den Parteien und anderen Theilnehmern am Streite zu. Auch haben die Anmerkungen zur angeführten Stelle der Gerichts-Ordnung nur solche Beispiele einer fremden Betheiligung angeführt, wobei dritten

Personen an dem Ausgange der Hauptsache selbst gelegen ist.

Allein die einfache Beschwerde bei dem Oberrichter, auch Extrajudical-Appellation genannt, ist auf jene engere Beziehung zu der Hauptsache selbst nicht beschränkt. Ihr Hauptfall ist gerade eine mißbräuchliche oder nicht gerechtfertigte Ausübung des Richteramtes und der darin begriffenen Amtsbefugnisse außer der regelmäßigen Einwirkung auf den ordentlichen Verlauf eines Prozesses. (Gerichtsordnung cap. XV. §. 5. 6mo et 7mo.) Die Anführung der erwähnten Beispiele in den Anmerkungen kann eben so wenig in ausschließendem Sinne verstanden werden.

Die Eigenschaft eines richterlichen Beamten, sein Beruf und sein dienstliches Verhältniß bietet daher keinen Grund dar, ihm die Anfechtung eines solchen Ausspruches seiner Vorgesetzten zu versagen, worin er allein die beste Rechtfertigung seines bisherigen Verfahrens zu suchen und zu finden vermag.

3. Der Einwand, daß es kein verfolgbares Recht auf die Ausübung von Dienstpflichten gebe, deren Erfüllung niemand verlangt, widerlegt sich durch die Erwägung, daß das Mandat eines rekusirten Beamten nicht von der vorgesetzten Stelle ausgeht, welche über die Perhorreszenz zu erkennen hat, daß es ein ständiges ist und durch den ihm gegebenen Ausschluß in einer bestimmten Richtung ein Vorkommniß beurkundet wird, welches der Ehre und anderen gegründeten Interessen desselben sehr leicht zu nahe treten kann.

4. Für die Zulässigkeit solcher Beschwerden spricht überdieß noch ein allerhöchstes Reskript vom 1. September 1804 (Nov. zur Ger.-O. Bd. I. S. 130), welches einem Hofgerichtsrathe, der sich durch das Decisum eines Hofgerichts-Direktoriums in einer Perhorreszenz-Sache

erschwert findet, und dagegen an den nächst höheren Richter wenden will, den Gerichtsstand bei der betreffenden obersten Justizstelle angewiesen hat. Hierin wurde also von der Statthaftigkeit eines solchen Rekursrechtes als einer bekannten Sache ausgegangen. Bei der allgemeinen Fassung jener Vorschrift liegt kein Grund vor, sie nur auf eine Befugniß der Rechtfertigung gegen den angenommenen Perhorreszenz-Grund zu beziehen, dagegen solche Beschwerden auszuschließen, welche auf Verwerfung des Perhorreszenz-Gesuches gerichtet sind.

5. Der besorgliche Aufenthalt für den Fortgang der Hauptsache kann bei dringenden Fällen durch Absonderung der betreffenden Aktenstücke und Bestellung eines Provisoriums für die Zwischenzeit zweckmäßig verhütet werden.

Vorstehender Beschluß wird in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, hiemit zur öffentlichen Kenntniß gebracht.

München, den 16. April 1845.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Nickels, Sekretär.

# XXXVI.

## Plenar-Beschluß

### vom 16. April 1845,

die Berufung an die dritte Instanz gegen Abweisung von Nichtigkeitsklagen ohne Einleitung eines Verfahrens betreffend.

(Reg.-Bl. von 1845, Nr. 17, S. 279—282).

---

„Gegen die von zwei Instanzen gleichförmig erkannte Abweisung einer Nichtigkeitsklage ohne Einleitung eines Verfahrens findet eine Berufung an die dritte Instanz nicht statt."

## Gründe:

1. Das Gesetz vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichts-Ordnung betreffend, schließt im §. 54. Nr. 1. die Appellation an die dritte Instanz gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse mit Bezugnahme auf §. 52. Nr. 1. unter andern gegen Bescheide aus, wodurch die Klage ohne weitere Einleitung des Verfahrens abgewiesen wird.

2. Nach der Gerichtsordnung cap. XVI. §. 2. Nr. 3. kann eine Sentenz, welche aus Mangel der Citation oder Jurisdiktion mit unheilbarer Nullität behaftet ist, sowohl bei höherem als nämlichem Richter, wenn er nur competens ist, innerhalb 30 Jahren klags- und exceptionsweise angefochten, jede andere Nullität aber nur durch die Appellation oder Restitution gehoben werden.

Demzufolge erklärt die Gerichtsordnung die Nichtigkeitsbeschwerde (querella nullitatis insanabilis) als eine Klage, welche Eigenschaft ihr auch schon nach §. 121 des jüngsten Reichsabschiedes zukam, und durch den Umstand nicht alterirt wird, daß die Nichtigkeitsklage zugleich als außerordentliches Rechtsmittel sich darstellet.

Gleich jeder andern Klage ist die Nichtigkeitsklage durch einen Werth des Streitgegenstandes in Bezug auf die Möglichkeit ihrer Erhebung nicht bedingt; gleich jeder andern Klage wird sie verhandelt, und gegen die über sie erlassenen Erkenntnisse finden Rechtsmittel, wie bei andern Klagen statt, auch sind die deßfallsigen Berufungen an die allgemeinen gesetzlichen Förmlichkeiten gebunden, endlich läuft für die Nichtigkeitsklage die für Klagen regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren.

3. Erscheint nun die Nichtigkeitsbeschwerde (querella nullitatis insanabilis) sowohl nach ihrer gesetzlichen Benennung, als nach ihrer wesentlichen Beschaffenheit als eine Klage, so müssen auch alle gesetzlichen Bestimmungen über Klagen auf die Nichtigkeitsklage insoferne angewendet werden, als nicht eine Ausnahme besonders angeordnet wurde, wie dieß rücksichtlich der verschiedenen Gerichte, bei denen die Nichtigkeitsklage angebracht werden kann, der Fall ist.

Folgeweise findet daher auch die Bestimmung des §. 52. Nr. 1. und des §. 54. Nr. 1. des Gesetzes vom 17. November 1837 auf die Nichtigkeitsklage Anwendung.

Vorstehender, in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßter Plenarbeschluß wird andurch bekannt gemacht.

München, am 16. April 1845.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Nickels, Sekretär.

# XXXVII.

# Plenar-Beschluß

## vom 10. Mai 1845,

die Einziehung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1845, Nr. 21, S. 353—369).

---

„Die gutsherrliche Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden kann vom Staate auch dann eingezogen werden, wenn der Gutsherr dieselbe schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen Rechte in Besitz gehabt, der Staat aber die Grundherrlichkeit in der Zwischenzeit vom Jahre 1806 bis 26. Mai 1818, oder auch nach dieser Zeit, erworben hat."

## Gründe:

1. Durch die Verfassungs-Urkunde des Reiches vom 26. Mai 1818 ist das Rechtsverhältniß der adeligen Gutsbesitzer zum Staate bezüglich der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit vom neuen geordnet werden.

Nach dieser neuen Verfassung kömmt zwar den Adeligen ausschließend das Recht zu, eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausüben zu dürfen, allein sie sind sowohl rücksichtlich der neuen Bildung der Gerichte, als der Fortdauer dieser Gerichtsbarkeit den Beschränkungen unterworfen, welche das Edikt über die gutsherrlichen Rechte vom 26. Mai 1818 (Beil. VI. zur Verfassungs-Urkunde) enthält, und es ist dieses Edikt im §. 136 als die fortan allein gültige Norm über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit erklärt worden.

Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 Tit. V. §. 4. Nr. 1.

Edikt über den Adel vom 26. Mai 1818. §. 14.

Edikt über die gutsherrlichen Rechte vom 26. Mai 1818. §. 136.

Der Richter darf daher bei der Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses weder auf die Geschichte über die Entstehung und Fortbildung der Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern, noch auf die darüber bestandenen älteren Gesetze zurückgehen, sondern ist von dem Gesetzgeber selbst angewiesen, seine Entscheidungen zunächst auf die Bestimmungen dieses Edikts zu bauen.

2. Nach diesem Edikte aber ist den Adeligen die Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über Grundholden des Königs verboten. Das Gesetz sagt dieses im §. 28 mit folgenden bestimmten Worten:

„Allenthalben ist die gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf die eigenen Grundholden der Gutsherren beschränkt, und darf in der Regel auf Grundholden des Königs, „oder anderer Grundherren, sowie auf Besitzer frei„eigener Güter nicht ausgedehnt seyn, noch „jemals ausgedehnt werden.“

Von dieser im Eingange des §. 28 ausgesprochenen Regel läßt das Gesetz in den folgenden Absätzen nur drei Ausnahmen zu, indem es daselbst weiter heißt:

a) „Ausnahmsweise kann sich die gutsherrliche Ge„richtsbarkeit auch auf jene Grundholden der Kir„chen und Stiftungen, sowie anderer Besitzer frei„eigener Güter erstrecken, worüber der Gutsherr „schon im Jahre 1806 die Gerichtsbarkeit mit einem „dinglichen Rechte im Besitz gehabt hat.“

Allein diese erste Ausnahme bezieht sich nicht auf die königlichen Grundholden, sondern spricht nur von den Grundholden der Kirchen und Stiftungen, sowie anderer

Privatpersonen, und von jenen Besitzern freieigener Güter, worüber der Gutsherr die Gerichtsbarkeit schon im Jahre 1806 mit einem dinglichen Rechte gehabt hat.

b) Die zweite Ausnahme lautet:

„Indessen kann ein Gutsherr zur Wiederherstel-„lung einer seit dem Jahre 1806 aufgelösten Ge-„richtsbarkeit mit vorgängig zu erholender beson-„derer königlicher Bewilligung die Gerichtsbarkeit „über Grundholden anderer adeliger Gutsbesitzer, „aber nur dann erwerben, wenn zugleich die grund-„herrlichen Rechte wechselseitig übergeben, mithin „Grundholden gegen Grundholden getauscht wer-„den, und jeder der beiden tauschenden Theile die „Gerichtsbarkeit über die vertauschten Gutsunter-„thanen in dem Jahre 1086 bereits ausgeübt „hatte."

Auch diese zweite Ausnahme spricht nicht von königlichen Grundholden, sondern beschränkt sich nur auf die Grundholden der adeligen Gutsherren, und überläßt die Gerichtsbarkeit über die gegenseitig vertauschten Grundholden den Erwerbern, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß darüber schon im Jahre 1806 eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit hergebracht war.

c) Die dritte Ausnahme endlich betrifft allerdings die königlichen Grundholden, indem das Gesetz §. 28, Absatz 3, sagt:

„Sollte in der Folge der Zeit wegen eines ent-„schiedenen Vortheils für die Staatsverwaltung „ein Austausch von Grundholden zwischen dem „Staate und einem adeligen Gutsbesitzer stattfin-„den; so kann zwar die Gerichtsbarkeit über die „eingetauschten königlichen Grundholden auf den „adeligen Gutsbesitzer übergehen, jedoch wird der

„König in solchen außerordentlichen Fällen zuvor „auch die betheiligten landgerichtlichen Hintersassen „mit ihren Erinnerungen vernehmen lassen, und „dieselben gehörig würdigen.“

Diese Ausnahme handelt daher nur von solchen königlichen Grundholden, welche erst nach dem Jahre 1818 durch Tausch an die adeligen Gutsbesitzer übergehen, und in diesem einzigen Falle bewilligt das Grundgesetz dem Gutsherrn die Gerichtsbarkeit über den eingetauschten königlichen Grundholden, obwohl er diese im Jahre 1806 noch nicht hergebracht hatte.

Dieser dritte Fall, welchen der Gesetzgeber selbst als einen außerordentlichen bezeichnet, zu dem er sich nur wegen eines entschiedenen Vortheils, und erst nach Vernehmung der landgerichtlichen Hintersassen, entschließen wird, ist die einzige verfassungsmäßig zulässige Ausnahme, und befestigt sohin die im §. 28. ausgesprochene Regel: daß sich die gutsherrliche Gerichtsbarkeit nicht über königliche Grundholden erstrecken darf, um so mehr als der Grundhold des Staats in dem Augenblicke, wo er in den Grundverband des Gutsherrn tritt, aufhört, königlicher Grundhold zu seyn, der Gutsherr daher keine Gerichtsbarkeit über einen königlichen Grundholden ausübt.

Es ist sohin das bezüglich der königlichen Grundholden im §. 28. ausgesprochene Verbot der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden, abgesehen von dieser einzigen Ausnahme, ein allgemeines.

3. Dieses Verbot wird auch nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß der Gutsherr die Gerichtsbarkeit über die königlichen Grundholden schon im Jahre 1806 mit eidem dinglichen Rechte im Besitz gehabt hatte.

Weder in der Regel des §. 28, noch in der Ausnahme Nr. 3, wo allein nur von den königlichen Grund-

holden gehandelt wird, ist auf den Besitzstand von 1806 Bezug genommen, und dadurch unzweideutig zu erkennen gegeben, daß bezüglich der königlichen Grundholden dem Besitzstande von 1806 durchaus kein Einfluß auf die Fortdauer der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit eingeräumt werden wollte.

Wohl aber findet sich eine solche Bezugnahme auf den Besitzstand von 1806 in den Ausnahmen 1. und 2., und es erhellet daraus, daß dem Gesetzgeber der Besitzstand von 1806 bei Abfassung des §. 28 mit seinen Ausnahmen recht lebhaft vor Augen schwebte.

Hätte er daher den Besitzstand der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden vom Jahre 1806 schützen wollen, so würde er dieses mit eben so bestimmten Worten ausgedrückt haben, wie er es in der Ausnahme 1. und 2. gesagt hat.

Allein er hat dieses nicht gethan; er hat die Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden unbedingt und allgemein ohne Rücksicht auf den Titel, worauf sie beruhte, ohne Unterschied, ob dieser Titel ein persönlicher oder dinglicher sey, verboten, weil er es mit dem vollen Rechte der Souveränität unvereinbar fand, daß er durch die Ueberlassung der Gerichtsbarkeit über seine Grundholden an die Gutsherren möglicher Weise in die Nothwendigkeit versetzt werden könnte, bei seinen eigenen Unterthanen Rechtshülfe gegen seine Grundholden suchen zu müssen.

So wenig sich aber aus dem Wortlaute und Zusammenhange des §. 28 nachweisen läßt, daß der Gesetzgeber den Besitzstand der Gutsherren von 1806 bezüglich der königlichen Grundholden schützen wollte, eben so wenig läßt sich diese Annahme durch die Bestimmung des §. 27 begründen.

In dem §. 27 geschieht der königlichen Grundholden gar keine Erwähnung. Derselbe bestimmt nur: „Auf keinem Gutsbezirke kann das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit Platz greifen, wo dasselbe nicht schon in dem Jahre 1806 hierauf begründet und eine Patrimonialgerichtsbarkeit hergebracht war."

In diesem §. 27 hat daher der Gesetzgeber nur die Objekte bezeichnet, auf welchen nach den neuen grundgesetzlichen Bestimmungen fortan eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit gebildet werden kann, und in dieser objektiven Beziehung wurde der Besitzstand von 1806 als die unerläßliche Vorbedingung festgesetzt, ohne welche auf keinem Gutskomplexe mehr eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausgeübt werden darf.

Allein die Subjekte, auf welche sich eine selbst nach §. 27 begründete gutsherrliche Gerichtsbarkeit erstrecken darf, hat er erst in dem §. 28 benannt, und hierin die königlichen Grundholden ausdrücklich davon ausgenommen.

Es läßt sich daher nicht annehmen, daß der Gesetzgeber, weil er die gutsherrliche Gerichtsbarkeit in objektiver Beziehung auf den Besitzstand von 1806 beschränkte, diese auch in ihrem damaligen subjektiven Umfange gewähren wollte.

Vielmehr spricht der nachfolgende §. 29 geradezu gegen eine solche Annahme, indem hierin den Gutsherren die Gerichtsbarkeit sogar über ihre eigenen Grundholden entzogen wird, wenn diese mehr als 4 Stunden von dem Sitze des Gerichts entfernt sind, obwohl sie dieselbe schon im Jahre 1806 im Besitz gehabt hatten. — Auch findet sich sonst in dem ganzen Edikte über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit keine Stelle, welche den Gutsherren die Fortdauer der Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden gewährt; wohl aber geht aus den folgenden §§. 33, 34, 36, 37 unwiderlegbar hervor, daß er

allenthalben, wo er im Jahre 1818 noch eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden antraf, deren Rückkehr an den Staat anordnete, eine Fortdauer derselben aber nur insofern anerkannte, als die Gutsherren neben der Gerichtsbarkeit auch die Grundherrlichkeit erworben hatten, und daher in der That keine gutsherrliche Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden mehr existirte.

So verfügt derselbe:

§. 33. „Die nach dem Edikte über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 16. August 1812 gebildeten und „bereits bestätigten und ausgeschriebenen Herrschaftsgerichte können, insoferne sie sich auf ein „schon im Jahre 1806 im Bezirke desselben „bestandenes Patrimonialgericht gründen, nach den „Bedingungen des §. 32 fortdauern, jedoch mit „Einziehung der ihnen zu deren Erweiterung „verliehenen Gerichtsbareeit über königliche „Grundholden."

„Diejenigen Gerichte dieser Gattung, welchen „ursprünglich keine Patrimonial-Gerichtsbarkeit „zum Grunde liegt, sondern welche sich blos durch „Infeudation oder sonst erworbene Gerichtsbarkeit „über königliche Gerichts-Unterthanen „gebildet haben, können ferner nicht mehr be„stehen."

§. 34. „Herrschaftsgerichte, welche mittelst Anweisung „eines ganzen Komplexes unmittelbar aus einer „königlichen Dotation, oder in Folge abgeschlosse„ner Staats-Verträge mit Ueberlassung der Ge„richtsbarkeit und der grundherrlichen Ge„fälle entstanden sind, bestehen fort."

§. 36. „Wenn zur Errichtung der nach §§. 32 bis 35 „fortbestehenden Patrimonialgerichte ein Austausch

„königlicher Unterthanen in der Art geschehen ist, „daß mit demselben zugleich der Austausch der „grundherrlichen Rechte verbunden wurde, „so verbleiben beide dem Gutsherrn."

§. 37. „Wenn aber ein Austausch solcher königlicher „Unterthanen geschehen ist, welche nicht zugleich „Grundholden des Gutsherrn gewor„den sind, dieser folglich blos die Gerichtsbarkeit „über dieselben ohne die grundherrlichen „Rechte erworben hatte, so kann er diese Ge„richtsbarkeit nicht behalten, sondern sie fällt „an die königlichen Gerichtsbezirke zurück."

Aus diesen Bestimmungen erhellet, daß der Gesetzgeber den Besitzstand der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden, obwohl er dieselben früher selbst an die Gutsherren überlassen hatte, und sie sich mitunter bei Patrimonialgerichten befanden, welche schon im Jahre 1806 bestanden, ausdrücklich wieder vernichtet, und deren Rückkehr an den Staat befohlen hat.

Unmöglich kann daher angenommen werden: der Gesetzgeber habe den Besitzstand der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit vom Jahre 1806 auch bezüglich der königlichen Grundholden aufrecht erhalten wollen.

4. Auf die Zeit, wann die Gerichts-Untergebenen in den Grundverband zum Staate traten, ob dieses schon im Jahre 1806, oder erst in der Zwischenzeit von 1806 bis 1818, oder nach dieser Zeit geschehen sey, kömmt es nicht an.

Das Gesetz nimmt weder auf den status quo von 1806, noch auf den von 1818, noch auf einen späteren Rücksicht. Es lautet allgemein: „die gutsherrliche Gerichtsbarkeit darf auf königliche Grundholden nicht ausgedehnt seyn oder noch jemals ausgedehnt werden," und umfaßt so die Gegenwart und die ganze Zukunft.

Der §. 28. bestimmt den 26. Mai 1818 nur als den Anfang seiner Wirksamkeit, das Ende derselben ist unbegränzt. Allein entscheidend ist nur die Thatsache, daß die Gerichtsuntergebenen schon am 26. Mai 1818 königliche Grundholden waren, oder es erst später wurden.

Wer im Jahre 1818 schon Grundhold des Staates war, über den konnte verfassungsmäßig keine gutsherrliche Gerichtsbarkeit beginnen, und wer es erst nach dem Jahre 1818 wurde, über den muß diese Gerichtsbarkeit aufhören, weil es ihr nur an der verfassungsmäßigen Unterlage fehlt, und die gutsherrliche Gerichtsbarkeit im Staate nur insoferne den Schutz der Gesetze genießt, als sie auf den verfassungsmäßigen Voraussetzungen beruht.

Deßwegen ist es auch ganz gleichgültig, welche Eigenschaften diese Grundholden vorher hatten.

Mögen sie Grundholden der Kirchen, Stiftungen, Klöster oder Privaten, oder mögen sie auch Besitzer freieigener Güter gewesen seyn, und jenen Grundherren Gerichtsbarkeit über sie zugestanden haben oder nicht, in dem Augenblicke, wo sie königliche Grundholden werden, hört das Recht der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit über sie auf, weil ihre Fortdauer mit dem Staatsgrundgesetze unvereinbar ist, und der Staat sein Vindikations-Recht nicht aus dem Titel der Succession in die Stelle der vorigen Guts- oder Gerichtsherren, sondern aus seiner eigenen Verfassung geltend macht.

5. Dieser Einziehung steht auch der Einwand nicht entgegen, daß bei der ursprünglichen Bildung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit im Jahre 1818 die verfassungsmäßigen Voraussetzungen vorhanden waren, und die Genehmigung derselben von Seite des Staates sogar ausdrücklich ertheilt wurde, der Gutsherr aber an den erst nachher eingetretenen Veränderungen keine Schuld

trägt; denn zum Rechtsbestande einer gutsherrlichen Gerichtsbarkeit in Bayern gehört nicht nur, daß sie vom Anfange an verfassungsmäßig gebildet wurde, sondern es ist auch ihre Ausübung stets den Beschränkungen unterworfen, welche das Edikt vom 26. Mai 1818 enthält.

Kann sie innerhalb dieser gesetzlichen Schranken nicht mehr geübt werden, so muß sie aufhören, weil sie der Staatsverfassung widerspricht.

Eben so ist es unerheblich, daß die nachfolgenden Veränderungen außer dem Verschulden des Gutsherrn liegen. Auch dem Staate liegt ein solches Verschulden nicht zur Last, wenn er von dem verfassungsmäßigen Rechte der Einziehung Gebrauch macht.

Noch weniger aber kann aus der allerhöchsten Genehmigung der Gerichtsbarkeit, welche bei dem Vorhandenseyn aller gesetzlichen Bedingungen ertheilt wurde, auch die Einwilligung in den unbedingten Fortbestand selbst für den Fall gefolgert werden, wo sich im Verlaufe der Zeit Veränderungen ergeben, welche den rechtlichen Anfang gehindert hätten, wenn sie damals schon vorhanden gewesen wären.

Mit den Voraussetzungen, unter denen diese allerhöchste Genehmigung ertheilt wurde, fällt auch ihre Wirkung weg, und es kann hieran um so weniger ein Zweifel bestehen, als der Gesetzgeber in dem Gesetze vom 1. Julius 1834, Art. I., die Vindikation der Gerichtsbarkeit betreffend, sogar ausdrücklich erklärt hat, daß die Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden auch in dem Falle noch statt habe, wo die Berechtigung zur Ausübung derselben in Gemäßheit der Beilage VI. zur Verfassungs-Urkunde von der Staatsregierung geprüft, und durch ein allerhöchstes, von dem Minister des Innern kontrasignirtes Genehmigungs-Reskript ausdrücklich anerkannt worden ist.

Es ist daher sogar schon gesetzlich ausgesprochen, und zwar lange nach dem Jahre 1818, daß auch eine im Jahre 1818 genehmigte gutsherrliche Gerichtsbarkeit über königliche Grundholden eingezogen werden könne.

6. Der Umstand, daß im §. 134 des Edikts über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818 der Uebergang der Grundherrlichkeit über die gutsherrlichen Gerichtssassen an den Staat nicht besonders als Grund angeführt wurde, aus dem die gutsherrliche Gerichtsbarkeit aufhört, ist ganz unerheblich.

Einer besonderen deßfallsigen Bestimmung im §. 134 bedurfte es nicht mehr, weil das Aufhören der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit schon in der Consequenz des im §. 28 enthaltenen allgemeinen Verbots gelegen ist.

7. Was endlich den §. 27 der Staatsrathsbeschlüsse vom 8. bis 29. April 1826 betrifft, so kann dieser der Einziehung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit nicht mit Wirkung entgegen gehalten werden; denn abgesehen davon, daß diese Beschlüsse im §. 104 nur als instruktive Normen für die administrativen Vollzugsbehörden erklärt, und ihre Bekanntmachung im §. 105 untersagt wurde, so können dieselben nur den Werth einer doktrinellen Auslegung haben, und die Gerichte weder des Rechts noch der Pflicht entheben, das Gesetz selbst zu prüfen und nach ihrer eigenen Ueberzeugung anzuwenden.

Es hat aber der königliche Staatsrath selbst, als er im Jahre 1829 als erkennende Stelle aufgerufen war, in seinen Entscheidungen über die Beschwerden des Gutsbesitzers von Barth und Consorten vom 21. September 1829 (Regierungsblatt 1829 S. 796 Nr. 6, 7, und 8) abweichend von dem §. 27 jener Beschlüsse die Ansicht ausgesprochen, daß die Gerichtsbarkeit über vormalige Klosterunterthanen, die in der Folge Grundholden des Staates geworden waren, eingezogen werden

könne, und es steht daher der unterm heutigen gefaßte Plenarbeschluß mit den Entscheidungen des königlichen Staatsraths im Einklange.

Vorstehender in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßter Plenarbeschluß wird andurch bekannt gemacht.

München am 10. Mai 1845.

Ober=Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Sieghart, Sekretär.

---

# XXXVIII.

## Plenar=Beschluß

vom 27. Mai 1845,

die Cumulirung der ästimatorischen und der recantatorischen Klage wegen Injurien betr.

(Reg.=Bl. von 1845, Nro. 22., S. 377 — 381.)

---

„Nach gemeinem Rechte schließen die ästimatorische Injurienklage und die Klage auf Abbitte Widerruf oder Ehrenerklärung einander aus."

### Gründe:

1. Die actio injuriarum aestimatoria und die deutschrechtlichen Klagen auf Abbitte, oder auf Widerruf sind Pönalklagen, welche denselben Gegenstand haben und denselben Zweck verfolgen, nämlich Repression einer, mit dem Anspruche des Klägers auf Ehre unvereinbaren, in Worten oder Handlungen ausgedrückten Gesinnung des Beklagten;

2. die kumulative Konkurrenz dieser beiden Arten von Pönalklagen kann aus fr. 60. de oblig. et act. (44. 7.) und fr. 130. de reg. jur. (50. 17.) nicht abgeleitet werden, weil diese Stellen, auch abgesehen davon, daß sie mit fr. 53. pr. de oblig. et aet. und mit fr. 41. eod. im Widerspruche stehen, sich nur auf den Fall der Verschiedenheit des Gegenstandes der mehreren, aus einer und derselben Handlung entspringenden Klagen beziehen, sohin bei der Identität des Gegenstandes und Zwecks dieser mehreren Klagen keine Anwendung finden können. Vielmehr stehen

3. der Kumulation jener beiden Arten von Injurienklagen die gesetzlich gebilligten Grundsätze entgegen: desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit

fr. 34. pr. obl. et act.

bona fides non patitur, ut bis idem exigatur

fr. 57. de reg. jur.

so wie die Analogie des Grundsatzes: ne quis ob idem crimen pluribns legibus reus fieret.

fr. 14. de accus. (48. 2).

Diese Grundsätze sind

4. hier um so mehr entscheidend, weil die beiden Arten von Privatstrafen gegen Injurien auf Gesetzen oder Gebräuchen aus ganz verschiedenen Zeiten beruhen, weßwegen die Cumulation derselben nur für statthaft erachtet werden könnte, wenn sie im Sinne des neueren Gerichtsgebrauches oder Gesetzes gelegen wäre. Für diese Annahme aber fehlt es an genügenden Gründen um so mehr, weil im Thl. II. Tit. 28 §. 4 der Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555 von den: „Sachen injuriarum, in welchen auf Widerruf geklagt, auch andern, so auf Geld ästimirt werden,“ sohin in einer Fassung die Rede ist, welche keineswegs

auf den Gebrauch der Kumulation, oder auf die Voraussetzung der Zulässigkeit dieser schließen läßt, und insbesondere

5. steht der Verbindung des Antrags auf Ehrenerklärung mit der ästimatorischen Klage auch noch entgegen, daß durch jene ein über den animus injuriandi bestehender Zweifel beseitiget werden soll, bei der ästimatorischen Klage dagegen der animus injuriandi unbezweifelt vorhanden seyn muß.

Vorstehender Beschluß wird in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, hiermit zur öffentlichen Kenntniß gebracht.

München, den 27. Mai 1845.

Ober-Appellationsgericht des Königsreiches Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

# XXXIX.

## Plenar-Beschluß

vom 29. Oktober 1845,

die Appellabilität der Erkenntnisse über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1485, Nro. 44, S. 792 — 800.)

---

„Auch dann, wenn ein Schuldner nach angedrohter Exekution ein allgemeines Frist- oder Nachlaßgesuch einreicht, sind die hierüber ergehenden Erkenntnisse, als im Exekutionsverfahren erlassen, nicht zu betrachten.“

## Motive:

1. Allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche werden zwar gewöhnlich von dem Schuldner erst dann gestellt, wenn er von seinen Gläubigern gedrängt, und schon mit der Exekution bedroht war.

Demungeachtet ist es eine in der Gerichtsordnung, Kap. 18 §. 13, begründete, und durch die Praxis der Gerichtshöfe bestätigte Wahrheit, daß dergleichen Gesuche nicht nothwendig in das Exekutions-Verfahren gehören, sondern von dem Schuldner auch dann angebracht werden können, wenn er noch von gar keinem Gläubiger gerichtlich belangt, noch viel weniger mit der Exekution bedroht war.

Wird über ein Gesuch der letzteren Art erkannt, so ist es unbezweifelt, daß dieses Erkenntniß, als im Exekutios-Verfahren ergangen, nicht betrachtet werden könne, und rechtliche Folge hievon ist, daß das Berufungs-Fatale nicht vierzehn, sondern dreißig Tage beträgt, und Revision dagegen selbst dann zuläßig ist, wenn die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837. §. 64 Nro. 3, und §. 54 Nro. 8, und §. 108.

2. Aber auch Erkenntnisse über allgemeine Frist- oder Nachlaß-Gesuche, welche erst eingereicht wurden, nachdem der Schuldner auf Andringen eines oder mehrerer Gläubiger schon mit der Exekution bedroht war, können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, nicht betrachtet werden.

Gesetzlichen Bestimmungen gemäß, kann sich das Exekutions-Verfahren nur auf diejenigen Parteien beschränken, welche ursprünglich im Prozesse aufgetreten sind, und in demselben können nur solche Anträge ihrem

Vollzuge entgegen geführt werden, welche Gegenstand der früheren Verhandlung und Entscheidung waren.

Der Schuldner aber, welcher nach angedrohter Exekution ein allgemeines Frist- oder Nachlaßgesuch einreicht, tritt dadurch gegen theilweise ganz andere Personen auf, als diejenigen waren, welche die Exekution gegen ihn in den Separatprozessen ausgewirkt hatten, und sein allgemeines Frist- oder Nachlaßgesuch umfaßt ganz andere und größere Bitten, als die gewesen sind, worüber in den Separatprozessen verhandelt, erkannt und Exekution nachgesucht war.

Dort handelte es sich lediglich um die sofortige volle Befriedigung der andringenden Gläubiger, von denen jeder sein Recht gesondert verfolgte.

Hier dehnt der Schuldner sein Gesuch auf die Gesammtheit seiner Gläubiger aus, zieht die andringenden in eine Gemeinschaft mit den andern, bringt dadurch ihre Rechte selbst in Kollision, und fordert nicht blos Sistirung der bereits angedrohten Partikular-Exekution, sondern verlangt, daß seine sämmtlichen Gläubiger ihre Befriedigung nur successive in Fristen annehmen, oder an ihren Forderungen Nachlässe bewilligen, damit er sich bei häuslichen Ehren und Würden erhalten könne.

Dieses Gesuch ist daher seinem Zwecke und seiner rechtlichen Natur nach kein Antrag in dem Exekutions-Verfahren, und kann auch nicht blos als Einrede gegen die angedrohte Exekution beurtheilt werden, weil es auch gegen andere Personen und ganz andere Bitten gerichtet ist, als in den Separatprozessen vorgekommen sind.

3. Ein solches allgemeines Frist- oder Naßlaßgesuch ist vielmehr ein ganz neuer, selbstständiger Antrag, welcher höchst wichtige Fragen betrifft, die tief in die Vermögensrechte beider Parteien eingreifen, und eben deßwegen unerläßlich machen, daß diese darüber

vorerst vollständig gehört und erkannt werde, bevor im Wege der Exekution fürgeschritten werden darf.

Das Verfahren über dieses erst nach angedrohter Exekution angebrachte Gesuch ist ganz das nämliche, wie jenes, welches bei dergleichen Gesuchen Statt hat, die schon vor angedrohter Exekution angebracht worden waren, und es können daher für beide Arten der Erkenntnisse nur gleiche Grundsätze in Anwendung kommen.

Der Schuldner übernimmt hier, wie dort, gleichsam die Rolle des Klägers, indem er die Gläubiger vor sein Forum fordert, damit sie ihre Forderungen liquidiren, er legt seinen status activus et passivus vor, und muß ihn auf Verlangen durch den Manifestationseid bekräftigen.

Er muß nachweisen, daß er ohne sein Verschulden lediglich durch unvorhergesehene Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathen sey, er muß zeigen, daß die Fristen oder Nachlässe den Kräften der Masse angemessen und im Verhältnisse zu den Forderungen der Gläubiger billig seyen, er muß darthun, daß er sie sicher zahlen, und sich wahrscheinlich bei häuslichen Ehren und Würden erhalten kann.

Den Gläubigern steht dagegen das Recht der vollständigsten Vertheidigung zu, sie dürfen nicht nur die Zulässigkeit des Gesetzes an sich, und das Zusammentreffen der gesetzlichen Erfordernisse in der Person des Schuldners bestreiten, sondern jeder von ihnen ist auch befugt, die Liquidität und Priorität der Forderung des andern zu widersprechen oder aufzudecken, daß ein oder der andere Gläubiger fingirt, einem größere Procento zugesichert worden seyen, als dem andern, und überhaupt gar keine Majorität bestehe.

Dieses auf eine neue vollständige Vertheidigung der Parteien berechnete Verfahren über Fragen, welche in

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions-Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions-Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal-Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel [illegible] häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, [illegible]hnlich wird mit der Verwerfung des Frist[illegible]ßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions-Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions-Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal-Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist- oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions-Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions-Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal-Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist- oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions-Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions-Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal-Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist- oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions-Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions-Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions-Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor-Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal-Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist- oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions=Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions=Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions=Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor=Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal=Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist= oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

den Separatprozessen gar noch nicht angeregt waren, kann nicht zu dem Exekutions=Verfahren gezählt werden, sondern stellt sich als das gewöhnliche Verfahren dar, und die darauf gebauten Erkenntnisse können, als im Exekutions=Verfahren erlassen, aus dem einfachen Grunde nicht betrachtet werden, weil das Verfahren selbst kein Exekutions=Verfahren war, und da durch sie über einen neuen selbstständigen Antrag nach vollständig vorausgegangener Instruktion abgesprochen wurde, so findet dagegen das Fatale von dreißig Tagen Statt, und es ist die Revision zuläßig, wenn auch die Erkenntnisse der beiden Vor=Instanzen gleichförmig sind.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 64. Nro. 3. und §. 54.

4. Für diese Annahme spricht auch die Analogie.

Wenn gegen einen Schuldner auf Eröffnung des Universal=Konkurses erkannt wurde, so kann er in dreißig Tagen dagegen appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse revidiren, obwohl er schon vorher durch alle Stadien der Exekution fruchtlos verfolgt war.

Gesetz vom 17. November 1837, §. 114.

Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist in den Motiven der große Nachtheil angegeben, welchen dieses Erkenntniß für das ganze Lebensverhältniß des Schuldners hat.

Derselbe Grund paßt aber auch auf den Schuldner, welcher seine Insolvenz selbst anzeigt, und vorträgt, daß er ohne Fristen oder Nachlässe sich nicht mehr bei häuslichen Würden und Ehren behaupten kann.

Wird dieses Gesuch verworfen, so ist dadurch in der Regel seine häusliche und bürgerliche Existenz vernichtet, und gewöhnlich wird mit der Verwerfung des Frist= oder Nachlaßgesuches zugleich auf Eröffnung des

Universalkonkurses erkannt, wogegen dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Fatale von dreißig Tagen läuft und die Revision zuläßig ist.

Wird aber auch nicht zugleich auf Konkurs erkannt, so bleibt doch so viel richtig, daß schon durch die Verwerfung des Gesuches dem Schuldner ein außerordentlicher Nachtheil zugeht, der in der Regel seinen häuslichen Ruin zur Folge hat, und es muß ihm daher auch bei gleichem Grunde des Gesetzes dasselbe Recht, wie dem Cridar, eingeräumt werden.

Wird aber das Gesuch gewährt, und die Minderheit der Gläubiger gezwungen, dem Beschlusse der Mehrheit beizutreten; so kann der Umstand, daß der Schuldner schon von einem oder dem andern Gläubiger bis zur Exekution getrieben war, und sich nun dieser unter der Minderheit befindet, denjenigen Gläubigern nicht schaden, welche einen solchen Antrag nicht gestellt hatten; denn diese schützt die Rechtsregel:

> Alteri per alterum iniquam conditionem non inferendam esse, factum cuique suum, non tertio nocere debere, rem alienam meliorem quidem etiam ignorantis et inviti, non deteriorem, fieri posse;

und da es mit dem Gesetze und der Gleichheit der Rechte überhaupt unvereinbar ist, dem einen Interessenten ein anderes Fatale zu gestatten, wie dem andern, oder einem den Weg der Revision zu sperren, welcher dem andern offen ist, so muß angenommen werden, daß jedem Gläubiger, sowie dem Schuldner, das Recht zusteht, gegen Erkenntnisse, wodurch über allgemeine Frist- oder Nachlaßgesuche nach angedrohter Exekution abgesprochen wurde, in dreißig Tagen zu appelliren, und auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren.

Vorstehender in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßter Plenarbeschluß wird andurch bekannt gemacht.

München, am 29. Oktober 1845.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Sighart, Sekretär.

---

# XL.

## Plenar-Beschluß

vom 11. Febr. 1846,

Berufung gegen die in zweiter Instanz verfügte Verhandlung einer wegen Inkompetenz abgewiesenen Klage betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1846, Nro. 7, S. 131 — 135.)

---

„Eine Berufung an die dritte Instanz ist auch in dem Falle unzuläßig, wenn die erste Instanz die Klage wegen Mangels der Zuständigkeit ohne Einleitung eines Verfahrens abgewiesen, die zweite Instanz aber ausgesprochen hat, daß die Klage nicht sofort abzuweisen, sondern zur Verhandlung auszusetzen sey."

**Motive:**

Wird vom Richter eine Klage zur Verhandlung mitgetheilt, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Verklagten hiegegen keine Beschwerde an den höhern Richter

zusteht, und er nicht einmal veranlaßt ist, sich hiegegen zu verwahren, denn er ist noch nicht gehört und die richterliche Verfügung beschreitet gegen ihn keine Rechtskraft.

Cod. jud. Cap. 14. §. 1 in fine und §. 11 num. 3 dann Cap. 15 §. 3 num. 1.

Alles, was er gegen jene Mittheilung einzuwenden hat, kann er in der Vernehmlassung auf die Klage vorbringen, und erst, wenn er gehört ist und seine Einwendungen verworfen werden, kann für ihn von einem Rechtsmittel oder von einer Verwahrung die Rede seyn.

Cod. jud. Cap. 14. §. 9 pr. und num. 1., dann Proz.-Ges. v. J. 1837 §. 55.

Ganz dasselbe ist der Fall, wenn die erste Instanz die Klage ohne Einleitung eines Verfahrens abgewiesen, die zweite Instanz aber ausgesprochen hat, daß die Klage nicht sofort abzuweisen, sondern zur Verhandlung auszusetzen ist. Denn auch hier ist der Verklagte noch nicht gehört, ist sogar über die vom Kläger gegen die erstrichterliche Abweisung an die zweite Instanz gebrachte Beschwerde nicht gehört, und kann alle Einwendungen, welche er der Klage entgegensetzen will, in der Antwort auf die Klage vorbringen.

Diese unbezweifelten Grundsätze finden auch dann statt, wenn die erste Instanz die Klage wegen Mangels der Zuständigkeit abgewiesen, die zweite Instanz aber ausgesprochen hat, daß die Klage nicht sofort abzuweisen, sondern zur Verhandlung auszusetzen sey. Denn wenn gleich die gerichtsablehnende Einrede in Gemäßheit des Prozeßgesetzes vom Jahre 1837, §. 24, auch jetzt noch von der Einlassung befreit, so ist sie demungeachtet nach Vorschrift Cod. jud. Cap. 6. §. 2 u. Cap. 5. §. 9 num. 3. in erster Instanz vorzuschützen, und kann nicht in dritter Instanz angebracht, dadurch dem

Kläger die Replik entzogen, und das Instanzenverhältniß gestört werden.

Es erhellet aus dem bisher Gesagten, daß in einem solchen Falle auch von einer nur selbstständig unzulässigen und durch Verwahrung zu sichernden Berufung an die dritte Instanz die Rede nicht seyn kann; denn eben weil der Verklagte noch nicht gehört, und das zweitrichterliche Erkenntniß einer Rechtskraft gegen ihn nicht fähig ist, bedarf es auch hier keiner Verwahrung, um den Eintritt einer Rechtskraft zu verhindern. Der Ausspruch des Prozeßgesetzes v. J. 1837, §. 53. Ziff. 2., daß selbstständige Berufung gegen ein zweitrichterliches Erkenntniß selbst dann nicht zuläßig ist, wenn das Obergericht das erstrichterliche Urtheil aufgehoben, und ein Dekret oder einen einfachen Zwischenbescheid an dessen Stelle gesetzt hat, bezieht sich nur auf den Fall, wenn das zweitrichterliche Erkenntniß nach Gestattung des rechtlichen Gehörs erlassen, also einer Rechtskraft fähig ist.

Vorstehender, in Gemäßheit des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßter Plenarbeschluß wird hiemit bekannt gemacht.

München, 11. Februar 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Wollschläger, Sekretär.

# XLI.

## Plenar-Beschluß

### vom 11. Februar 1846,

die gesetzliche Erbfolge der vollbürtigen Geschwister oder deren Kinder mit den Eltern des Erblassers nach Bayreuther Provinzialrecht betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1846, Nro. 7, S. 135 — 143.)

---

„Nach dem Bayreuther Provinzialrechte sind, wenn Jemand ohne Descendenz und ohne Hinterlassung eines Ehegatten ab intestato gestorben ist, dessen vollbürtige Geschwister, oder deren Kinder, mit den Eltern desselben zur gesetzlichen Erbfolge berufen."

### Gründe:

Wenn auch die Brandenburg-Kulmbachische Landes-Konstitution vom 16. September 1722, welche einen Hauptbestandtheil des Bayreuthischen Provinzialrechts ausmacht, nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt, daß in Ermangelung eines überlebenden Ehegatten und ehelicher Descendenz, die Eltern und vollbürtigen Geschwister des Erblassers gemeinschaftlich zur gesetzlichen Erbfolge gelangen sollen, so geht doch aus dem ganzen Zusammenhange dieses Gesetzes hervor, daß in solchem das Miterbrecht der Geschwister in dem bemerkten Fall als wirklich bestehend vorausgesetzt und anerkannt ist.

Die Landes-Konstitution wurde, wie deren Eingang besagt, gegeben, um der Ungewißheit abzuhelfen, welche

sich in einigen Rechtsmaterien eingeschlichen hatte, namentlich in Ansehung der Successions=Fälle und Erbtheilungen. Zu diesem Behuf wurden im Tit. VII. unter andern auch Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge bei dem Absterben eines Ehegatten und die Abtheilung zwischen den Eltern und Kindern getroffen, und in dem folgenden Tit. VIII. unter der Aufschrift: „von Abtheilungen zwischen Eltern, Kindern und Geschwistern" die auf alle Intestat=Successionsfälle sich erstreckenden gesetzlichen Normen darüber festgesetzt, wer die Theilung zu machen, und in welcher Ordnung das Wahlrecht einzutreten habe.

Nach diesen Bestimmungen soll, wenn Eltern als Miterben konkurriren, von diesen, außerdem von dem ältesten der Geschwister die Theilung gemacht, und das Wahlrecht der Kinder nach der Ordnung des Alters ausgeübt werden.

Der §. 1 des Titels VIII. begreift nach seinem Wort=Inhalte:

„wenn Eltern mit den Kindern, als oben Tit. VII. gemeldet, oder auch mit eines verstorbenen resp. Kind und Geschwisterten succediren, und es zur Vertheilung kommt, sollen die Eltern, es sey Vater oder Mutter, die Theilung machen"

nicht nur

a. den Fall in sich, in welchem gemäß Tit. VII. der überlebende Ehegatte mit Kindern des verstorbenen Ehegatten succedirt, mithin der Nachlaß zwischen dem Vater oder der Mutter, als überlebenden Ehegatten, und den vorhandenen Kindern getheilt wird,

sondern auch

b. den Fall, wo Eltern (beide oder Eines) mit ihren Kindern bei der Verlassenschaft eines ver=

storbenen Kindes resp. Geschwisters als Erben konkurriren, mithin hier der Nachlaß des Verstorbenen zwischen seinen Eltern und Geschwistern zur Vertheilung kommt.

Da nun die Bestimmung hinsichtlich der Befugniß, die Theilung zu machen, und hinsichtlich des Wahlrechts für die beiden Fälle gegeben wurde, in welchen Eltern und Kinder als Miterben bei der Intestaterbfolge konkurriren können und abzutheilen haben; so folgt hieraus nothwendig, daß das bei jener Bestimmung als Grundbedingung erscheinende Miterbrecht aller derjenigen Personen, unter denen die Erbtheilung stattfinden, und das Wahlrecht in Ausübung gebracht werden soll, von selbst vorausgesetzt, und vom Gesetzgeber anerkannt wurde. Hätten die Geschwister im bemerkten zweiten Falle von der Erbfolge ausgeschlossen seyn sollen, so würde es völlig zwecklos gewesen seyn, für einen nicht eintretenden Successions-Fall die gedachten Bestimmungen wegen der Erbtheilung und des Wahlrechts zu erlassen.

Auch noch aus andern Stellen der Landes-Konstitution finden sich Beweisgründe dafür, daß der Gesetzgeber den Eltern keinen Vorzug vor den vollbürtigen Geschwistern bei der Intestaterbfolge geben, sondern den letztern mit jenen ein gemeinschaftliches Erbrecht einräumen wollte. Dahin gehört, daß die Geschwister nach Tit. VII. §§. 6 und 9 nur in dem einzigen Fall, wenn ein überlebender Ehegatte vorhanden ist, und zwar blos durch diesen, von der Erbfolge ausgeschlossen sind; ferner daß bei abgefundenen Kindern deren Geschwister sogar die Eltern von der Intestat-Succession ausschließen. (§. 13. ib.)

Vorzüglich beachtungswerth ist der weitere Umstand, daß im Tit. VIII. §. 1. auf den vorhergehenden Tit. VII.

hingewiesen wird, dessen §. 7. durch die darin enthaltene Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern des verstorbenen Ehegatten in dessen Nachlaß gleichheitlich erbt, sowohl für das Erbfolgerecht, als für die Erbquote Norm gibt. Aus dieser Bezugnahme, in Verbindung mit dem bereits angeführten Umfange des §. 1. Tit. VIII., welcher die beiden Fälle unter sich begreift, in denen Eltern mit ihren Kindern als Intestaterben konkurriren können, und für welche die Vorschriften wegen der Erbtheilung und des Wahlrechts gegeben wurden, geht hervor, daß auch hinsichtlich des Erbfolgerechts und der Erbquoten eine Gleichstellung der beiden Fälle angedeutet resp. zu erkennen gegeben werden wollte, wonach in dem einen, wie im andern Falle eine gemeinschaftliche Erbfolge zu gleichen Theilen einzutreten habe. Auf diese Weise findet der §. 1. des Tit. VIII. in diesen Beziehungen hinsichtlich des in Frage stehenden Successions-Falles seine Erläuterung und Ergänzung durch den in Bezug genommenen siebenten Titel.

Die Disposition des Tit. VIII. §. 1, daß, wenn Eltern mit eines gestorbenen Kindes Geschwister succediren, und es zur Vertheilung kommt, die Eltern die Theilung zu machen, und die Kinder nach Ordnung ihres Alters zu wählen haben, beruht offenbar auf dem gemeinrechtlichen Grundsatze, daß mit den Ascendenten auch die vollbürtigen Geschwister und deren Kinder zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind. Auf diese gemeinrechtliche Basis ist auch am Schlusse der Landes-Konstitution ausdrücklich hingewiesen, und hierdurch jener gemeinrechtliche Grundsatz provinzialgesetzlich anerkannt. Er tritt als der juristische Grundgedanke, auf welchem die dispositiven Bestimmungen wegen des Theilungsmachens und des Wahlrechts beruhen, um so mehr hervor,

weil der fragliche Successions-Fall überhaupt nur eintreten kann, wenn der Erblasser weder eigene Descendenz, noch einen überlebenden Ehegatten hinterlassen hat, und ausser diesem Fall die gedachten Bestimmungen, in so weit sie für die Vertheilung zwischen Eltern und Geschwistern gegeben sind, niemals zur Anwendung kommen könnten.

Nach bekannten Interpretatiosregeln sind aber solche Voraussetzungen, wie hier das Miterbrecht der Geschwister, auf welchen eine gesetzliche Verordnung nothwendig beruht, und ohne welche sich das Gesetz im Wesentlichen wieder auflösen würde, positiven Bestimmungen gleich zu achten und eben so anzusehen, als wenn sie im Gesetz wörtlich ausgedrückt wären.

Da übrigens das Provinzial-Gesetz im Tit. VIII. §. 3. ausdrücklich erwähnt, daß verstorbene Geschwister von ihren überlebenden Kindern bei der Intestat-Erbfolge repräsentirt werden, so bedarf dieser Punkt keiner besonderen Erörterung.

Wenn nun dem bisher Ausgeführten zufolge das Provinzial-Recht bezüglich der vorwürfigen Successions-Frage weder dunkel noch mangelhaft erscheint, so sind auch die Voraussetzungen nicht gegeben, unter welchen nach Art I. und IV. des Einführungspatents vom 29. November 1795 das preußische Landrecht als Aushülfsrecht einzutreten hätte. Durch dasselbe würde vielmehr, weil nach dessen Bestimmungen im Thl. II. Tit. II. §. 489. die Eltern den Geschwistern bei der gesetzlichen Erbfolge vorgehen, den letztern das ihnen vom Provinzial-Rechte zugestandene Miterbrecht entzogen werden, und hierdurch das Provinzialgesetz, statt einer Erläuterung oder Ergänzung, eine theilweise Aufhebung durch Herausreißung eines Gliedes der Intestat-Erbfolgeordnung erleiden, was dem im Art. II. des Einführungs-

Patents ausgesprochenen Grundsatze, daß die Provinzial-Gesetze bei Kraft und Gültigkeit bleiben sollen, geradezu entgegen wäre.

Durch die im Art. VIII. des allegirten Patents enthaltene Bestimmung, daß die gesetzliche Erbfolge zwischen Eltern, Kindern und andern Familienmitgliedern, wenn sich der Erbfall vor dem ersten Jänner 1798 ereignet, nach den bisherigen Gesetzen, späterhin aber nach den Vorschriften des preußischen Landrechts beurtheilt werden soll, ist auch keineswegs eine Ausnahme von der im Art. II. aufgestellten Regel gemacht worden, denn jener Artikel hat nicht auf diesen, sondern auf den Art. I. des Patents Bezug, woraus von selbst folgt, daß unter dem Ausdruck „bisherigen Gesetzen" nicht das beibehaltene Provinzial-Recht, sondern nur das gemeine Recht gemeint war, an dessen Stelle das preußische Landrecht, als subsidiäres Recht, getreten ist.

Schlüßlich kommt noch zu bemerken, daß selbst unter der preußischen Regierung von den damaligen Oberbehörden im Fürstenthum Bayreuth bei vorgekommenen Fällen die Ansicht ausgesprochen und konsequent beibehalten wurde, daß die vollbürtigen Geschwister resp. deren Kinder mit den Ascendenten zur gesetzlichen Erbfolge nach dem Bayreuther Provinzial-Rechte gleichheitlich berufen seyen.

Vorstehender Plenarbeschluß wird nach Vorschrift des Gesetzes vom 17. November 1837 zur Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen bei dem obersten Gerichtshofe hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 11. Februar 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

Wollschläger, Sekretär.

# LXII.

## Plenar-Beschluß

### vom 4. März 1846,

die Aufnahme letztwilliger Verfügungen durch Gerichts-Funktionäre, Accessisten, Rechtspraktikanten betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1846, Nro. 9, S. 167 — 170.)

---

„Ein Gerichts-Funktionär, Accessist, Rechtspraktikant, kann bei der gerichtlichen Errichtung einer letztwilligen Verfügung die Stelle des Richters gültig **nicht** vertreten."

Dieser in Folge des Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, erlassene Beschluß gründet sich auf folgende

**Motive:**

Die Aufnahme eines gerichtlichen Testamentes, überhaupt einer gerichtlichen letztwilligen Verfügung, setzt als gerichtliche Handlung einen Richter nothwendig voraus. Die in allen Kreisen diesseits des Rheins als Gesetz geltende bayerische Gerichtsordnung von 1753 fordert Kap. II. §. 3. bei allen gerichtlichen Handlungen, wie sie immer Namen haben mögen, die Anwesenheit eines Richters und eines Aktuars, welcher die von der Partei geschehenen mündlichen Vorträge redlich aufzuzeichnen hat.

Gerichts-Funktionäre, zur Aushülfe bei Eledigung statusmäßiger Stellen der Landgerichte, und bei außerordentlichem Geschäftsdrange derselben bestimmt, werden entweder aus der Reihe der Accessisten oder der geprüf-

ten Rechtspraktikanten genommen, ohne daß sie durch diese Verwendung früher ihnen nicht zugestandene Befugnisse erhalten.

Gerichts-Funktionäre, Accessisten, Rechtspraktikanten stehen gemäß den Verordnungen vom 2. April und 29. September 1812, so wie den Ministerial-Erlassen vom 17. November 1818 und 18. Mai 1829 sofort auf einer und derselben Rechtslinie, und sind hienach um so weniger als wirkliche Richter anzusehen, als sie nicht den Richteramts-Eid, sondern den in der Verordnung vom 2. April 1812 bezeichneten, von dem Richteramts-Eide wesentlich abweichenden Eid zu leisten haben.

Es kann sonach nur die Frage entstehen; ob nicht die letztwilligen Verfügungen denjenigen gerichtlichen Handlungen beizuzählen seyen, welche nach den Verordnungen von 1812 und insbesondere nach der Verordnung vom 29. September 1812 den Gerichts-Funktionären, Accessisten und Rechtspraktikanten überlassen werden dürfen?

Diese Frage ist zu verneinen, denn

a. wenn die vorgedachten Individuen, der mangelnden Richteramts-Eigenschaft ungeachtet, zu richterlichen Handlungen zugelassen werden sollen, so müssen diese Handlungen von dem Gesetzgeber genau bezeichnet seyn, da sie immerhin als Abweichung von der gesetzlichen Regel:

„daß gerichtliche Handlungen nur von wirklichen Richtern vorgenommen werden sollen"

erscheinen.

b. Nun kommt aber in der Verordnung vom 29. September 1812 von Testamenten oder überhaupt von letztwilligen Verfügungen nichts vor, während der Gesetzgeber, welcher kleinere Verlassenschafts-Ver-

handlungen den Accessisten 2c. zu überlassen gestattete, die nächste Veranlassung hatte, sich auch über letztwillige Verfügungen auszusprechen, im Falle die fragliche Berechtigung auch auf Letztere hätte erstreckt werden wollen.

Schon hieraus geht hervor, daß die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Verfügungen den Gerichts-Funktionären, Accessisten, Rechtspraktikanten nicht zustehe.

c. Es kann auch nicht auf die Analogie bezogen werden, da solche ihrem Begriffe zu Folge Gleichheit des Grundes voraussetzt.

Die letztwilligen Verfügungen, unter welchen die Testamente als die wichtigste species erscheinen, sind nämlich an sich nicht nur höchst wichtige Akte, bei welchen viel Um- und Einsicht vorausgesetzt wird, sondern es würden dieselben auch häufig durch das Gebot der Verhältnisse, selbst gegen den klar kundgegebenen Sinn der Verordnungen, der Kontrole des Vorstandes entzogen werden.

Derlei Akte hatte der Gesetzgeber nach dem Eingang zur Verordnung vom 29. September 1812 offenbar nicht im Sinn, da die dortselbst aufgeführten Handlungen von minderer Wichtigkeit und der Kontrole weniger entzogen worden sind.

Es können sonach die fraglichen Verordnungen auf die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Verfügungen nicht ausgedehnt werden.

Vorstehender Plenar-Beschluß wird hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, am 4. März 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

v. Reichert, funkt. Sekretär.

# XLIII.

## Plenar-Beschluß

vom 24. März 1846,

die Handlohnbarkeit vertheilter Gemeindegründe in dem ehemaligen Fürstenthume Bamberg betreffend.

(Reg.-Bl. von 1846, Nro. 11, S. 211 — 216.)

---

„In dem ehemaligen Fürstenthume Bamberg kann ein Anspruch auf Handlohn von vertheilten Gemeindegründen aus dem Umstande allein nicht abgeleitet werden, daß vor der Vertheilung bei jedem Veränderungsfalle, der sich rücksichtlich eines handlohnbaren Gutes ergab, das dazu gehörige Gemeinderecht verhandlohnt wurde."

**Gründe:**

Das Provinzialrecht des ehemaligen Fürstenthums Bamberg enthält über die Handlohnbarkeit vertheilter Gemeindegründe keine Bestimmungen.

Häufig wollte nun dortselbst aus dem einzigen Umstande, daß bei jedem Veränderungsfalle, der sich rücksichtlich eines handlohnbaren Gutes ergab, der das Gut treffende Nutzungsantheil an den unvertheilten Gemeindegründen — das s. g. Gemeinderecht mit zur Laudemialschätzung gezogen und verhandlohnt wurde, das Recht abgeleitet werden, auch von den vertheilten Gemeindegründen — den s. g. Gemeindetheilen — Handlohn zu beziehen.

Die hiefür geltend gemachten Gründe zeigen sich aber bei näherer Prüfung nicht als haltbar. Es kann nämlich

1. sich nicht darauf bezogen werden, daß das Surrogat (der Gemeindetheil) an die Stelle des ursprünglichen Rechtsgegenstandes (des Gemeinderechtes) trete.

Abgesehen davon, daß dieses schon faktisch da gar nicht der Fall ist, wo die Vertheilung nicht unter die einzelnen Gemeindeglieder geschah, sondern wo z. B. der Verkauf in einzelnen Parzellen zur Tilgung von Gemeindeschulden — also nicht um ein Surrogat für das Nutzungsrecht zu gewähren, sondern zur Bethätigung von Rücksichten des Gemeindewohls vorgenommen wurde: so würde daraus, daß Nutzungsrecht und Gemeindetheil faktisch in dem Verhältnisse von ursprünglichem Rechtsgegenstande und dessen Surrogate zu einander stehen, nicht folgen, daß dieses Verhältniß auch in jeder rechtlichen Beziehung stattfinde.

Die Regel, daß Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem sie surrogirt sind, und dessen Natur annehmen, ist in der Allgemeinheit an sich und insbesondere für Fälle der vorliegenden Art, wo, wie sich unten ergeben wird, zwischen dem Surrogate und dem ursprünglichen Rechtsgegenstande wesentliche Verschiedenheiten eintreten, nicht begründet.

L. 6. C. de rei vind. (3. 32.)

L. 12. C. de jure dot. (5. 12.)

II. Feud. 26. §. Si vasallus de beneficio.

Frhr. v. Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. V. Cap. 18. §. 5. lit. I. §. 62 Nro 8. lit. m.

Carpzovius def. for. P. II. const. 12. def. 1. Nr. 4 et 5.

Schweppe: das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4te Ausg. Bd. I. §. 93.

2. Auch von dem Gesichtspunkte des Herkommens oder der Verjährung aus, kann von der bisherigen

Handlohnspflicht, die nur das den einzelnen Gemeindegliedern zustehende Nutzungsrecht an den unvertheilten Gemeindegründen — das Gemeinderecht, als Zubehör des handlohnbaren Gutes, zum Gegenstande hatte, auf die Handlohnbarkeit der bei geschehener Gemeinheitstheilung den Gemeindegliedern zugeschiedenen Grundantheile nicht geschlossen werden.

Es ist eine bekannte Regel, daß Herkommen so wie Verjährung ihre Wirkung nicht weiter erstrecken, als die Uebung oder der Besitz gegangen ist.

Demzufolge läßt sich

a. aus dem, was die einzelnen Gutsbesitzer bisher gethan haben, eine nachtheilige Folgerung gegen die Gemeinde nicht ableiten.

Die Gemeinde ist etwas von den einzelnen Gliedern Verschiedenes; selbst, wenn alle Einzelne, ohne Ausnahme, gemeinschaftlich handeln, so ist dieses nicht so anzusehen, als ob die Korporation gehandelt hätte.

L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.) L. 1. §. 7. D. de quaest. (48. 18.) L. 2. L. 7. §. 1. D. quod cujusc. univ. (3. 4.)

v. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts. Bd. II. S. 283.

Von der Gemeinde, als Eigenthümerin des Gemeindegrundes, aber leitet der einzelne sein Recht an dem ihm zugeschriebenen Grundantheil ab.

Verordnung über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden vom 17. Mai 1818. §. 25.

Gesetz vom 1. Juli 1834, die Revision der angeführten Verordnung betr. §§. 5 und 6.

Frhr. v. Kreittmayr in den angef. Anmerk. Th. II. Kap. 1. §. 6 Nr. 1 und 2.

Gönner: über Kultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. Landshut 1803, S. 39 ff., S. 54, S. 83.

Es stellt sich auch

b) das Objekt, welches die bisherige Handlohnsberechtigung umfaßte, als ein von demjenigen, auf das sie erstreckt werden will, ganz verschiedenes dar.

L. 21. §. 3 D. de exc. rei jud. (44. 2.)

L. 5. pr. D. si ususfruct. petat (7. 6.)

An den unvertheilten Gemeindegründen stand dem Besitzer eines mit dem Gemeinderechte versehenen Gutes nur die durch Herkommen oder sonst rechtlich bestimmte Benutzung nach intellektuellen Theilen zu; an dem bei geschehener Gemeinheitstheilung dem Einzelnen zugeschiedenen Grundantheil erhält derselbe das Eigenthum und damit die Möglichkeit, den früher sehr spärlich genützten Boden zu einem ungleich höheren Ertrag und Werth zu bringen.

Dazu kommt noch, daß nach der auch für das ehemalige Fürstenthum Bamberg gültigen Verordnung vom 5. April 1807 (Reg.=Bl. S. 613), die Veräußerungen und Wiedereinlösungen von Gemeindetheilen betr., die Gemeindetheile die Eigenschaft, Zubehör des Hauptgutes zu seyn, nicht annehmen, während die Handlohnbarkeit der Nutzungsrechte vorzugsweise als eine Folge der Pertinenzqualität sich darstellte.

II. F. 8. §. 1.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß obige Grundsätze da nicht zur Anwendung kommen, wo der Gemeindegrund selbst vor der Vertheilung handlohnpflichtig war, oder wo die Handlohnbarkeit der vertheilten Gemeindegründe bereits in rechtsgültiger Weise z. B. durch Herkommen, Verjährung, Vertrag, Richterspruch rc. festgestellt ist.

Vorstehender Plenar=Beschluß wird nach Vorschrift des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichts=

hofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, hiemit bekannt gemacht.

München, den 24. März 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königsreiches Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.
v. Reichert, funkt. Sekretär.

---

# XLIV.

## Plenar-Beschluß

vom 16. April 1846,

die Suspension der Beweisfrist durch Berufungen betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1846, Nro. 14, S. 275 — 279.)

---

„Die Beweisfrist wird durch eine vom Gegner des Beweispflichtigen wider die Beweisauflage ergriffene Berufung gewahrt.“

### Gründe:

Die Gerichtsordnung bestimmt im Kap. XV. §. 6, Nr. 6:

„Soll auch die Appellation gegen auferlegten Beweis innerhalb 30 Tagen sub poena desertionis eingereicht und das nämliche Fatale durch alle weitern Instanzen sowohl ein- als anderseits dabei beobachtet, und endlich sollen nach erfolgter und in rem judicatam erwachsener confirmatoria die Beweisartikel innerhalb des vorhin präfigirten und pendente appellatione suspendirt gewesenen Termins, welcher auch a die publicationis ultimae sententiae confir-

matoriae allezeit ohne weitern Auftrag zu laufen anfangt, sub poena praeclusi bei dem Richter erster Instanz überreicht werden."

Die hierin bezüglich der Beweisfrist enthaltene Vorschrift fand bei dem obersten Gerichtshof da, wo der Beweispflichtige die Appellation ergriffen hatte, unbestrittene Anwendung, dagegen war die Frage, ob auch durch eine vom Gegner des Beweispflichtigen wider die Beweisauflage ergriffene Berufung die Beweisfrist suspendirt werde, bald bejaht, bald verneint worden. Dieselbe muß aber bejaht werden.

Schon der Wortlaut und die allgemeine Fassung der obigen Stelle der Gerichtsordnung bewähren, daß der Gesetzgeber hiebei nicht blos den Fall einer Appellation des Beweispflichtigen vor Augen hatte, sondern daß er eine allgemeine Bestimmung über den Einfluß, welchen eine in Mitte liegende Appellation auf den Lauf der Beweisfrist äußert, geben wollte.

Da nach bayerischem Prozeßrechte die Beweisfrist vom Tage der Verkündung resp. schriftlichen Zufertigung des Interlokutes beginnt, so hat die obige gesetzliche Bestimmung offenbar keinen andern Zweck, als da, wo durch die von der einen oder andern Seite ergriffene Appellation die gemachte Beweisauflage in Frage gestellt ist, überflüssigen Beweisantretungen vorzubeugen.

In diesem Falle soll daher die im angefochtenen Interlokute vorgesteckte Beweisfrist erst a die publicationis resp. insinuationis ultimae sententiae, somit erst von dem Momente zu laufen anfangen, wo Gewißheit bezüglich der Beweisauflage eingetreten ist.

Diese Vorschrift steht mit den Grundsätzen über die Rechtskraft der Erkenntnisse

Gerichtsordnung Kap. XIV. §. 11

im vollsten Einklange; denn auch in dem Falle, wenn

der Beweispflichtige bei der Beweisauflage sich beruhigt hat, und er daher einen ihm günstigern Ausspruch in den höhern Instanzen (außer durch eine Adhäsion) nicht erwarten kann, wird in Folge der von seinem Gegner ergriffenen Berufung die Rechtskraft des Interlokuts und die Wirksamkeit der darin präfigirten Frist gehindert, so daß diese auch hier erst vom Tage der Publikation resp. Insinuation des in letzter Instanz ergangenen Erkenntnisses beginnt.

Läuft aber die Beweisfrist bis dahin gar nicht, ist ihr Anfang bis dahin suspendirt, so kann, wenn Probant inzwischen der angefochtenen Beweisauflage keine Folge geleistet hat, von einem Ungehorsam und dessen Folge nicht die Rede seyn.

Diese Wirkung tritt mit der Uebergabe der Appellation, es mag zu dieser Zeit die präfigirte Frist noch offen gewesen seyn oder nicht, ipso jure ein, ohne daß es hiezu eines besondern Antrages der Partei oder eines Ausspruches des Richters bedarf, soferne der Beweispflichtige nicht vorsorglich einen solchen erwirken will.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Termins-Suspension nur auf jene Punkte des Interlokutes sich erstreckt, welche in Folge der erhobenen Appellation an den Oberrichter devolvirt sind.

Sollte dieser aber auch die Berufung wegen eines formellen Mangels zurückweisen, so ist es ohne Einfluß auf die bereits eingetretene Suspension der Beweisfrist, da das Gesetz diese Wirkung nicht von der Zulässigkeit der Berufung abhängig gemacht hat, und auch im Falle der Unzulässigkeit bis zu dem Momente, wo sich der Oberrichter, dem hier die Entscheidung allein zusteht, hierüber ausgesprochen hat, der Rechtsbestand des Interlokuts in Frage, somit jener Zweck vorhanden ist,

zu welchem das Gesetz im Falle einer Appellation gegen die Beweisauflage den Anfang der Beweisfrist bis dahin suspendirt hat.

Vorstehender Plenarbeschluß wird nach Vorschrift des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, hiemit bekannt gemacht.

München, am 16. April 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg, Präsident.

v. Reichert, funkt. Sekretär.

---

# XLV.

## Plenar-Beschluß

vom 19. Juni 1846,

den Handlohn bei Gutsübergaben an Kinder nach Würzburger Provinzialrecht betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1846, Nro. 21, S. 439 — 446.)

---

„Wenn Eltern ein der Herrschaft des Würzburger-Provinzialrechts unterworfenes, in Kauffällen handlohnbares Gut an eines ihrer Kinder um einen Geldanschlag mit der Bestimmung abtreten, einen Theil hievon als Heimsteuer zu behalten, den Ueberschuß aber an sie selbst zurück

zu vergüten, oder statt dessen an ihre übrigen Kinder als Heimsteuer, oder auch durch Uebernahme von Schulden an ihre Gläubiger hinaus zu bezahlen, so sind auch alle diese letzteren Beträge — außer dem Falle eines besonderen Herkommens — vom Handlohne frei."

## Entscheidungsgründe:

1. In dem ehemaligen Fürstenthume Würzburg ist es landesüblich, daß von handlohnspflichtigen Lehn- oder Zins-Gütern nur der Kauf- und Tausch-Handlohn bei Uebergangsfällen unter Lebenden, — ein Erbhandlohn dagegen nicht gegeben werde, außer an Orten, wo derselbe besonders hergebracht ist.

Einige Erlasse der Würzburgischen Regierung, die fürstlichen Reskripte von 1681 und 1709, dann das Regierungs-Attest von 1766 (Schneidt's Thes. jur. franc. S. 1245. und flg.) zeigen jedoch klar an, daß eine Befreiung vom Kaufhandlohne wegen vorwaltenden Zusammenhangs ausnahmsweise auch da statt finde, wo die Besitzveränderung mit einem Lehnstücke sich durch den Uebergang auf den Erben und eine erbschaftliche Zuwendung an denselben nur theilweise ergibt, zur Vervollständigung seines Erwerbes in Ansehung des übrigen Theiles dagegen Nebenabreden vorkommen, welche eine Ausgleichung des Ueberschusses in Geld bezielen, und eben hiedurch an sich unter den Begriff eines Kaufes oder Tausches fallen.

2. Eine klar ausgesprochene Folge dieses Grundsatzes besteht darin, daß nicht blos bei wahren Erbtheilungen nach dem Tode des bisherigen Besitzers, sondern auch bei Grundtheilungen zwischen Eltern und Kindern die gegenseitigen Abhandlungen und Hinausgabssummen vom Handlohne frei sind.

Eine weitere Folge, worüber sich jedoch eine Verschiedenheit der Ansichten hervorthat, besteht aber auch noch darin, daß in dem Falle, wenn Eltern ein handlöhniges Grundstück an eines ihrer Kinder um einen bestimmten Anschlag übergeben und den letzteren ihm theilweise als Heimsteuer anweisen, auch der Ueberschuß desselben, den sie etwa ihren übrigen Kindern auf ihre einstigen Erbtheile zuweisen, oder sich selbst als Kapital zur Rückzahlung, oder statt dessen zur Abtragung an ihre Gläubiger ausbedingen, vom Handlohne frei ist, soferne nicht ein Erbhandlohn hergebracht seyn sollte, weil hierin die Voraussetzung, welche jene Reskripte mit den Worten: durante divisione haereditatis andeuten, im wesentlichen gegeben erscheint.

3. Für diese Befreiung vom Kauf-Handlohne sprechen folgende Gründe:

a. Den vorherrschenden Anlaß zu einer solchen Guts-Abtretung giebt die Absicht, dem übernehmenden Kinde die ihm zugedachte Heimsteuer zu verschaffen, mithin die Erfüllung einer Pflicht von Seite der Eltern.

C. 7. C. de dot. promiss. (5. 11.)
Kaiserl. Landgerichts-Ordnung, III. 48. §. 1.
(Mandaten-Sammlung Band I. S. 169.)

Diese Heimsteuer ist aber durch das Provinzial-Recht schon an sich unter den Gesichtspunkt einer erbschaftlichen Zuwendung gestellt, weil ihr nur aus diesem Grunde die ganz unbestrittene Freiheit vom Erbhandlohne zukömmt.

b. Das Mittel, dem übernehmenden Kinde ohne Verletzung gegründeter Interessen einen solchen präsumtiven Erbtheil an einer Liegenschaft der Eltern zuzuwenden, ist eine Theilung der letzteren in der Art, daß ein Antheil ihres Werthes ihm als Heimsteuer unvergeltlich überlassen wird, der Ueberrest

aber dieselbe Bestimmung nicht erhält, woraus sich eine Gemeinschaft unter mehreren Betheiligten daran ergeben würde.

c. Der Guts-Anschlag und seine Vertheilung unter den dabei betheiligten Personen erscheint nur als ein Förderungs-Mittel der Werthstheilung jener Realität, welches die Gesetze selbst vorzeichnen, um die Auseinandersetzung einer erbschaftlichen oder jeder anderen Gemeinschaft zu bewirken.

4. und 5. I. de off. jud. (4. 17.)
C. 3. C. comm. div. (3. 37.)

d. Das Einlösen der ihm nicht als Heimsteuer überlassenen Antheile durch eine Ausgleichung in Geldsummen ist nur eine Nebenabrede bei Gelegenheit jener Theilung, zu dem Ende, um einen erbschaftlichen Erwerb für den Uebernehmer zu vervollständigen, und sein einstiges Erbe schon vorher in seinem Besitze zu vereinigen.

e. Die Zuscheidung gewisser Beträge an die Geschwister des Uebernehmers wendet ihnen Aequivalente für einen Antheil an dem abgetretenen Gute als erbschaftlichen Vorempfang zu, und tritt daher ganz an die Stelle der Ab- und Einlösung eines späteren Erbtheiles, welche der theilende Vater vorzuzeichnen befugt ist.

C. 21. C. fam. herc. (3. 36.)

f. Auch die Zuweisung von Schulden, zumal solcher, die auf dem Gute versichert sind, ist ein geeignetes Mittel, eine Theilung zu bewerkstelligen.

C. 23. C. eod.
Kaiserl. Landgerichts-Ordnung, III., 29. §. 2.

g. Der bezielte Erfolg dieser Verabredungen besteht darin, daß von dem väterlichen Erbe, von einem Gute, welches durch die darin begriffene Heimsteuer in den Erbgang eingetreten ist, bei Gelegenheit seiner Theilung „nichts extra haeredes ad alium kommt.“

Vergleiche das angef. Reskript von 1709.

h. An eben diesen Zusammenhang eines Nebenvertrages mit einem erbschaftlichen Haupterwerbe haben aber die oben bezeichneten Direktiven ihrem Geiste nach die Befreiung der gelegenheitlich mit abgehandelten Antheile vom Kaufs-Handlohne und die Erstreckung der Freiheit vom Erb-Handlohne auf die Accessorien eines Erbfalles geknüpft.

Ein Abkauf nach dem Begriffe des römischen Rechtes geht zwar allerdings vor sich, aber kein „ordentlicher," kein „wahrer Kauf" im Sinne jener Reskripte, d. h. kein reiner mit erbschaftlichen Vorempfängen unvermischter. Wenn die Freiheit vom Erb-Handlohne auf die Heimsteuer als anticipirten Erbtheil Anwendung findet, so muß eine gleiche Begünstigung auch den Nebenabreden zu statten kommen, welche in- wie außer der Theilung bestimmt sind, einen nur theilweise gemachten freien Erwerb des Erben durch Einlösungen zu bereinigen und zu vollenden.

i. Auch in anderen Erlassen der Würzburger Landes-Stellen ist die Erbtheilung voran- und jede andere Uebergabe an Kinder ihr gleich gestellt, wie namentlich in der Verordnung von 1711, die Erhebung des Hauptrechtes betreffend,

(Mandaten-Sammlung Bd. I. S. 573.)

und in der Cameral-Verordnung vom 7. Juni 1734, den Handlohn bei Theilungen betreffend,

(ebendaselbst Band II. Seite 102.)

welche übrigens in ihrem dispositiven Theile nur von solchen Gütern verstanden werden kann, von denen der Erb-Handlohn hergebracht ist.

4. Da bei allem dem nur das Provinzial-Recht, wie es in dem ganzen Fürstenthume als die Regel galt, im Auge behalten wurde, so versteht sich von selbst schon nach allgemeinen Grundsätzen und vermöge der Hinwei-

sung jener Regierungs-Erlasse, daß ein Ortsherkommen oder ein Partikular-Statut, welches von jener Regel abweicht, so weit es erweislich ist, auch Ausnahmen derselben zu begründen vermöge.

Vorstehender Beschluß wird nach Art. I. des Gesetzes von 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München den 19. Juni 1846.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

v. Reichert, funkt. Sekretär.

---

## XLVI.

## Plenar-Beschluß

vom 24. Februar 1847,

die Lokation der nach bayerischem Wechselrechte zu beurtheilenden Wechselforderungen im Concurse betreffend.

(Reg.-Bl. von 1847, Nro. 13., S. 315 — 318.)

„Eine nach dem bayerischen Wechselrechte zu beurtheilende Wechsel-Forderung kann von dem Concursgerichte in die IV. Classe der Prioritätsordnung nur dann definitiv gesetzt werden, wenn sie als solche bei dem Wechselgerichte richtig gestellt ist."

### Motive:

Die bayerische Wechselgerichts-Ordnung vom Jahre 1785 Cap. XI. §. 4. und die Erläuterungs-Verordnung vom 19. Juli 1787 Nr. 7. bestimmten, daß in Concursfällen den Wechselforderungen ein Vorzugsrecht in der VII. Classe (der damaligen Prioritäts-Ordnung) von dem Zeitpunkte an gebühre, wo sie bei dem Wechselgerichte für richtig erkannt seyen.

Diese Bestimmung ist durch §. 6. des Gesetzes vom 11. September 1825, die Einführung des Wechselrechtes und der (bayerischen) Wechselgerichts-Ordnung in den damit noch nicht versehenen Landestheilen betreffend, für das ganze Königreich aufgehoben, und dafür verordnet worden, daß der Vorzug sämmtlicher Wechselforderungen von dem Tage, an welchem die neue Prioritäts-Ordnung de dato 1. Juni 1822 in Wirksamkeit tritt, nach der Bestimmung des §. 23. Nr. 7. dieses Gesetzes zu bemessen sey.

Gedachter §. 23. Nr. 7. räumt den Wechselforderungen die IV. Prioritätsklasse ein, welche keinen Zeitvorzug der Forderungen kennt.

Um eine, bei dem Concursgerichte als Wechsel angemeldete Forderung in diese Klasse setzen zu können, wird ihre Liquidität, d. h. ihre Eigenschaft und Rechtsbeständigkeit als Wechsel, nothwendig vorausgesetzt.

Wenn nun gleich die oben bemerkte Bestimmung der bayerischen Wechselgerichts-Ordnung und des Erläuterungs-Mandates, wornach das Vorzugsrecht einer Wechsel-Fordnung von dem Zeitpunkte an beginnt, wo dieselbe bei dem Wechselgerichte für richtig erkannt ist, nicht mehr besteht, und den Wechseln als solchen ohne Rücksicht auf die Zeit der wechselgerichtlichen Richtigerkennung der Vorzug in der IV. Prioritätslasse eingeräumt ist; — so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß es zum Behufe der Erlangung dieses Vorzuges auch der Richtigerkennung bei dem Wechselgerichte nicht mehr bedürfe, sondern der Concursrichter über die Eigenschaft und Rechtsbeständigkeit der als Wechsel angemeldeten Forderung nunmehr aus eigener Competenz zu erkennen habe.

Abgesehen davon, daß ein derartiger, während der Berathung des Entwurfes zu dem bemerkten Gesetze vom 11. September 1825, bei der Ständeversammlung in der Kammer der Abgeordneten erhobener, Antrag ver-

worfen wurde (S. 243 und 423. Bd. II., dann S. 142, 145 — 147., 158 und 159. Bd. X. der Verhandlungen der 2ten Kammer vom Jahre 1825), bestimmt die bayerische Gerichtsordnung Cap. XIX. §. 14. ausdrücklich, daß in Concursfällen „die Liquidation nach Beschaffenheit der Sache an dasjenige Forum, wohin sie sonst von Rechtswegen gehört, zur gebührenden Verhandlung und Ausmachung zu verweisen sey."

Für Wechselforderungen hat — ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen — die bayerische Legislation eigene Gerichte mit ganz eigener Verfassung und Instanzen-Ordnung (cum derogatione omnium aliarum instantiarum et privilegiorum) eingesetzt.

Vor diesen Gerichten muß demnach, sofern daselbst bei dem Eintritte des Concurses über eine Wechselforderung nicht bereits entschieden, oder die Sache zur Entscheidung etwa schon anhängig gemacht ist, die Liquidität unter Gestattung der Intervention der übrigen Concursgläubiger durch Verhandlung und Entscheidung hergestellt werden, und erst, wenn die Wechselforderung als solche bei dem Wechselgericht richtig gestellt ist, kann dieselbe durch den Concursrichter, der inzwischen die geeignete Prioritätsklasse nur eventuell salva liquidatione vor dem Wechselgerichte zu bestimmen hat, definitiv der IV. Classe des Prioritäts-Urtheils einverleibt werden.

Der vorstehende, in Gemäßheit des Artikels II. des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßte Plenarbeschluß wird andurch bekannt gemacht.

München, den 24. Februar 1847.

Ober-Appellationsgericht des Königsreiches Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Nickels, Sekretär.

# XLVII.

## Plenar-Beschluß

### vom 5. März 1847,

den Beweis des Besitzes eines Rechts nach preußischem Landrechte betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1847, Nro. 17, S. 419—423.)

---

„Wenn in Bezug auf den Besitz eines Rechtes die im §. 107. Tit. 7. Th. I. des preußischen Landrechtes aufgestelte Rechtsvermuthung begründet ist, so bedarf es nicht noch des Beweises, daß die Handlung des Andern als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert (§ 80. a. a. O.) oder die eigene Handlung als ein wirkliches Recht ausgeübt worden sei. (§ 82. Tit. 7. §. 14. Tit. 22. a. a O.)"

## Motive:

Das preußische Landrecht bestimmt Th. I. Tit. 7. § 107:

„daß derjenige, welcher etwas thut oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder was zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, die Vermuthung wider sich habe, daß einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege."

Diese hierdurch ausgesprochene Vermuthung der Absicht, den Besitz eines Rechtes einzuräumen, begründet unter der bezeichneten Voraussetzung auch für denjenigen, zu dessen Gunsten die Leistung oder Duldung erfolgte, die entsprechende Vermuthung, diese Leistung oder Duldung als ein Recht in Anspruch genommen zu haben.

Denn weil Rechte und Verbindlichkeiten in Wechselbeziehung stehen, so folgt daraus, daß der Gesetzgeber, indem er in der bemerkten Voraussetzung den Willen präsumirt,

den Besitz zu gewähren, damit auch die Präsumtion ausgesprochen habe, daß die Leistung oder Duldung als ein Recht in Anspruch genommen worden sei.

Diese Rechtsvermuthung bleibt so lange aufrecht als nicht aus den Umständen erhellet, daß die Leistung oder Duldung nicht auf den Grund einer vorhergehenden Verpflichtung, sondern aus Freundschaft oder Gefälligkeit, oder sonstigen Rücksichten statt gefunden habe. Pr. Landr. Th. I. Tit. 7. §. 106. 108.

Dem ausdrücklichen Inhalte des §. 107 gemäß bezieht sich diese Präsumtion sowohl auf affirmative als negative Rechte und enthebt denjenigen, der die Leistung empfing oder die Handlung übte, des gesonderten Beweises, die Leistung als ein Recht gefordert, die Handlung als ein Recht geübt zu haben.

Denn bei affirmativen Rechten dient die §. 80. a. a. O. vorausgesetzte Anforderung nur zur Offenbarung des Willens, die Leistung als ein fortdauerndes Recht zu verlangen. Da aber dieser Wille sich schon durch die Annahme der Leistung zu erkennen gibt und gemäß der oben angeführten Wechselbeziehung nach §. 107. zu präsumiren ist, so braucht derselbe nicht mehr auf andere Weise bewiesen zu werden.

Das Verlangen eines gesonderten Beweises hierüber wäre eine Vernichtung der Wohlthat, welche der Gesetzgeber durch den §. 107. dem Beweisführer gewähren wollte.

Derselbe Fall ist es bei den negativen Rechten. §. 81. a. a. O.

Auch bei diesen wird zur Besitzerwerbung die Meinung erfordert, ein Recht auf die gegentheilige Duldung zu haben, die Meinung, daß sich der Gegentheil nicht nur aus Nachsicht oder Freundschaft die Handlung gefallen lasse. §. 82. a. a. O.

Der Beweis dieses Willens, die Handlung als ein Recht zu üben, wird bei erwiesener Handlung durch die Rechtsvermuthung des §. 107. geliefert, weil nach obiger

Ausführung aus der Vermuthung für die Gestattung als ein Recht, die Präsumtion für die Uebung als ein Recht von selbst folgt.

Eine Anwendung, nicht aber eine Ausnahme von diesen allgemeinen Bestimmungen enthält der §. 14. Tit. 22. Th. I. des preuß. Landr., den Beweis des Besitzes von Grundgerechtigkeiten betreffend. Dieses erhellet schon aus der Uebereinstimmung der hierin aufgestellten Normen mit den allgemeinen Vorschriften im Tit. 7. den Besitz überhaupt betreffend und wird durch die Gesetzesstellen außer allem Zweifel gesetzt, welche dabei ausdrücklich und offenbar deshalb allegirt sind, um auf diese Uebereinstimmung aufmerksam zu machen und den Partheien wie den Richtern einen Fingerzeig zu geben, daß der Gesetzgeber die geforderten Nachweise durch die dort aufgestellten oder zugelassenen Präsumtionen erleichtert habe.

Zu allem Ueberflusse bekunden die Verhandlungen über die Abfassung des Gesetzes, daß die Redaktoren bei den Allegationen im §. 14. Tit. 22. wirklich nur die bemerkte Absicht gehabt haben,

Vergl. Bornemann, systematische Erörterung des preuß. Rechts. Bd. 4. pag. 562.

und ein an die Landesjustizstelle des Fürstenthums Bayreuth unter dem 8. November 1802 ergangenes, von dem Großkanzler von Goldbeck unterzeichnetes Hofrescript bestätiget gleichfalls, daß diesen Allegationen kein anderer Sinn beigelegt werden könne;

Vergl. Arnolds Beiträge zum teutschen Privatrechte. Bd. 2. pag. 573.

wie denn auch dieselbe Ansicht dem am 27. August 1838 ergangenen Plenarbeschluß des k. preuß. Obertribunals zu Berlin zu Grunde liegt.

Vergl. Simons Sammlung der Entscheidungen des preuß. Obertribunals. Bd. 4. pag. 175. 187.

Vorstehender in Gemäßheit des Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßte Plenarbeschluß wird hiermit bekannt gemacht.

München, den 5. März 1847.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

---

# XLVIII.

## Plenar-Beschluß

vom 14. April 1847,

die Berechnung der Nothfrist zur Berufung gegen Prioritäts-Erkenntnisse betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1847, Nro. 24, S. 573—580.)

---

„Die Fatalien der Berufung gegen ein Prioritäts-Erkenntniß laufen den gerichtsbekannten Gläubigern (den k. Fiskus ausgnommen) vom Tage des wirklich erfolgten Anschlages dieses Erkenntnisses nur unter der Voraussetzung, daß dieser Tag denselben von dem Konkursgerichte zuvor besonders notificirt worden ist, ausserdem vom Tage der geschehenen Insinuation.“

### Motive:

Nach der Gerichtsordnung cap. XIX. §. 15. Nr. 3. ist zur Publikation des Prioritäts-Erkenntnisses eine Specialcitation der Gläubiger nicht vonnöthen, sondern die Sentenz soll an die Gerichtstafel angeheftet und sofort jedem

Gläubiger auf Anmelden gegen die Gebühr eine Abschrift ertheilt werden.

Aus dieser Bestimmung folgt jedoch nicht, daß auch eine Benachrichtigung der gerichtsbekannten Gläubiger vom Tage der Urtheils-Affigirung überflüssig, diese letztere schon allein genügend und daher von jenem Tage die Nothfrist zur Berufung gegen das Prioritäts-Erkenntniß unbedingt zu rechnen sey. Es ist vielmehr in dieser Hinsicht jene Benachrichtigung wesentlich nothwendig, denn

1) es kann den Gantbetheiligten, welche nicht bemessen können, bis wann das Prioritäts-Erkenntniß gefällt seyn werde, nicht zugemuthet werden, daß sie während dieser oft langen Zeitdauer mit empfindlichem Zeit- und Kostenaufwand täglich nachsehen oder sich erkundigen lassen, ob das Urtheil angeschlagen worden sey.

2) Das Gesetz will, daß die Betheiligten eine dreißigtägige Frist zur Berufung gegen das Prioritäts-Erkenntniß haben. Dieser Wille würde in der Mehrzahl der Fälle nicht erfüllt, sondern rechtswidrige Verkürzung oder gänzliche Versäumniß der Fatalien herbeigeführt werden, wenn sie oder ihre Anwälte keine Nachricht vom Tage der Urtheils-Affigirung erhalten welche Nachricht nur vom Konkursgerichte zuverlässig ertheilt werden kann.

3) Die Unterlassung der fraglichen Benachrichtigung wäre sogar gegen den allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsatz, daß Alles, was in einem Prozesse bei Gericht beschlossen wird, zur Kenntniß der Parteien gebracht werden muß, sofern ihnen ein Präjudiz daraus erwachsen soll.

4) In dem alten Gantprozesse vom Jahre 1616, Tit III. Art. 7, auf welchen die Anmerkungen zur Gerichts-Ordnung loc. cit. lit. d. Bezug nehmen, war ausdrücklich vorgeschrieben, „daß das Vorgangs-Erkenntniß den hiezu vorzuladenden Parteien abschiedlich eröffnet,

alsbald ein ordentlicher Gantzettel über das, was jedem Gläubiger und in welcher Ordnung zuerkannt wurde, verfaßt und öffentlich angeschlagen werden soll."

Die obenangeführte Stelle der Gerichts-Ordnung ist im Verhältniß zu jenem alten Rechte ein korrektorisches Gesetz, und dergleichen Gesetze sind strikt, d. h. in dem Sinne auszulegen, welcher von dem bestehenden resp. bestandenen Rechte am wenigsten abweicht.

Hiernach kann die fragliche Bestimmung nur dahin interpretirt werden, daß das Prioritäts-Erkenntniß nicht den Gläubigern unter Specialcitation derselben förmlich publicirt, sondern statt dieser förmlichen Eröffnung nur an die Gerichtstafel angeheftet werde, bei welcher Anheftung das Gesetz eine vorherige Notifikation um so weniger untersagt, oder als überflüssig erklärt hat, als Specialcitation und Benachrichtigung an sich verschiedene Dinge sind, und letztere gerade durch die Abschaffung der förmlichen Publikation nothwendig wurde, zumal da die Gerichts-Ordnung nicht, wie das alte Gesetz, eine Frist für die Fällung des Prioritäts-Erkenntnisses vorschreibt.

5) Der Annahme, daß Affixion allein genüge, steht noch die Erwägung entgegen, daß auf diese Weise eine Verbesserung des alten Rechts, welche nach den Anmerkungen zur Gerichts-Ordnung cap. XIX. §. 1. lit a. vom Gesetzgeber beabsichtiget war, nicht bewirkt, sondern eine Verschlechterung herbeigeführt seyn würde. Deshalb wurde auch die Nothwendigkeit der Affixions-Bekanntmachung dadurch anerkannt, daß die Gerichte von der Regierung zu deren Erlassung angewiesen wurden, wie die Motive zum revidirten Entwurf der Prozeßordnung vom Jahre 1827 bezeugen (Beilagen-Band X. zu den Ständeverhandlungen S. 303) und bei der im Jahre 1819 geschehenen Einführung der

bayerischen Taxordnung vom Jahre 1735 im vormaligen Rezat- und Obermainkreis eine eigene Taxbestimmung für das Patent, wodurch der Urtheils-Anschlag bekannt gemacht wird, im §. 19. dieser Taxordnung getroffen.

Nicht minder hat sich ein Gerichtsgebrauch für die regelmäßige Erlassung solcher Bekanntmachungen schon längst gebildet. Blos hinsichtlich der Art, wie dieselben geschahen, war die Praxis verschieden, indem sie nicht allenthalben durch Insinuation besonderer Dekrete oder Umlaufsschreiben (Kurrenden), sondern mitunter blos durch Einrückung in öffentliche Blätter, öfters auch auf beiderlei Weise bewerkstelligt wurde.

In Ansehung der gerichtsbekannten Gläubiger, d. h. derjenigen, welche sich im Konkurse gemeldet haben, ist aber nur die Bekanntmachungsart durch Insinuation die gesetzmäßige, weil es bei der Insertion sehr oft ungewiß bleibt, ob und wann die in öffentlichen Blättern erscheinende Benachrichtigung zur Kenntniß der Interessenten gelangt, und die Insertion überhaupt nur als subsidäres Mittel der Bekanntmachung einzutreten hat, wenn eine unmittelbare Insinuation nicht geschehen kann.

Uebrigens muß der Tag, an welchem der Anschlag des Urtheils wirklich vorgenommen wird, schon v o r dem Anschlage bekannt gemacht werden, weil, wenn die Notifikation erst mit diesem gleichzeitig oder nachher geschähe, eine Verkürzung der Berufungsfrist herbeigeführt werden würde, und gegen einen desfallsigen Nachtheil müssen die Betheiligten, da sie solchen nicht verschuldet haben, geschützt werden.

Diesem Allen zu Folge können die Fatalien der Berufung gegen ein Prioritäts-Erkenntniß den gerichtsbekannten Gläubigern vom Tage des wirklich erfolgten Anschlags dieses Erkenntnisses nur unter der Voraussetzung laufen, daß ihnen dieser Tag vom Konkursgerichte zuvor besonders notifizirt worden ist, ausserdem vom Tage der geschehenen Insinuation.

Bezüglich des königlichen Fiskus sind durch die Verordnung vom 5. November 1814 (Regierungs-Blatt S. 1697) besondere Bestimmungen getroffen.

Vorstehender Plenarbeschluß wird nach Artikel I. und IV. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen des obersten Gerichtshofs in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 14. April 1847.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

v. Reichert, funct. Sekretär.

---

## II.

## Plenar-Beschluß

vom 21. April 1847,

den Zehnt der Pfarrer von grünen Früchten auf Getreidfeldern nach bayerischem Landrechte betreffend.

(Reg.-Bl. von 1847, Nr. 26, S. 605–616).

„Dem Pfarrer gebührt als Großdecimator nach bayerischem Landrechte Th. II. Cap. 10. §. 11. Nr. 2. und 7. in seinem Pfarrsprengel der Zehnt von grünen Früchten, welche in zehntbare Brach- oder Getreidefelder gebaut werden, nur dann, wenn und insoweit solcher daselbst hergebracht ist."

### Gründe:

1) Es hat sich darüber eine Verschiedenheit der Ansichten ergeben, ob außer dem Falle, worin der Ortspfarrer den Kleinzehnt schon herkömmlicher Weise zu beziehen hat, zwei Stellen des bayerischen Landrechtes Th. II. Cap. 10. §. 11.

Nr. 2. und 7. demselben die Befugniß beilegen, in so ferne er Großzehntherr in seinem Pfarrsprengel oder einem Bezirke desselben ist, sich bei verändertem Feldbaue den Zehnt von jenen grünen oder Kleinzehntfrüchten, welche in die zehntbaren Brach- oder Getreidfelder gebaut werden, auch ohne alles Herkommen zuzueignen. Diese Frage war jedoch nach Würdigung aller darauf einschlagenden Behelfe zu verneinen. Denn,

2) was die erste jener Gesetzesstellen betrifft, so beruhen die beiden ersten Fälle, welche der angeführte §. 11. des Landrechts zur Erörterung bringt, ganz unverkennbar auf der gemeinschaftlichen Unterstellung, daß bereits mehrere Condecimatoren in einem Zehntbezirke vorhanden sind, deren Rechte unter sich collidiren, wofür sodann eine Regel der Auflösung gegeben wird. Auf diese Stelle kann sich also nicht berufen werden, um den Grundbesitzern neue Verpflichtungen in Bezug auf ihre Zehnt-Reichniß nachzuweisen; vielmehr geht der Zusatz in Nr. 2. „sie seyen gleich von Gattung was sie wollen" von der Annahme aus, daß die Zehntbarkeit der neugebauten Früchte gegen den Zehntholden schon feststehe.

3) Eine Vergleichung jener beiden ersten Fälle unter sich und mit den älteren Quellen bewährt nur, daß der Kleinzehnt, wo er überhaupt schon herkömmlich und in fremden Händen ist, in einer zweifachen Modalität der Absonderung vom Großzehnte vorkommen könne, entweder mit Rücksicht auf die Form, Lage und vorherrschende Bestimmung der Grundstücke, als Feld- und Gartenzehnt, — oder nach der Beschaffenheit der Fruchtgattungen, als Getreid- und Grünzehnt. Nur in der ersten Voraussetznng legt das Landrecht dem Großzehntherrn das Recht bei, sich von den auf den Getreidfeldern gebauten grünzehntpflichtigen Früchten den Zehnt ausnahmsweise beizulegen — eine Erweiterung des Großzehntrechtes, welche die Anmerkungen jus decimandi absolutum nennen.

Nachdem jedoch das Landrecht selbst unterließ, ein festes Kennzeichen aufzustellen, wonach sich die eine und die andere jener beiden sich dort gegenüber gestellten Voraussetzungen von vorne herein unterscheiden ließe, so fügten die Anmerkungen sub lit. d. die Erläuterung bei, in dubio werde zu Gunsten des Orts-Pfarrers als ordentlichen Großzehntherrn das „jus decimandi absolutum“ — d. h. der zweite Fall des §. 11. — für jeden anderen Zehntherrn dagegen nur ein „jus decimandi ad certam fructuum speciem restrictum“, wie der erste Fall solche bezeichnet, bis zum Beweise des Widerspieles vermuthet. Hierauf allein beschränkt sich dann das ganze dort berührte Privileg des Ortspfarrers im Streite mit einem Condecimator als eine relative Freiheit von der Beweislast über die jeden Eingriff ausschließende Beschaffenheit seines Zehntrechtes in der Getreidflur.

4) Jene Stelle der Anmerkungen, welche im Zweifel ohnedieß dem Texte des Landrechtes ausweichen müßte, kann daher nach der leicht erfaßlichen Absicht des Freyherrn von Kreitmayr unter jus decimandi absolutum nur den Inbegriff aller liquiden oder auf andere Weise schon befestigten Zehntbefugnisse über ein Grundstück verstehen. Wollte ihr statt dessen die Bedeutung beigelegt werden, daß der Pfarrer die Vermuthung für sich habe, den Zehnt in seinem Sprengel von allen wie immer Namen habenden Früchten, — also auch von jenen zu beziehen, welche im §. 2. als zum Kleinzehnt gehörig aufgezählt sind, so würde sich jene Stelle mit einer weit überwiegenden Anzahl anderer Stellen des Textes selbst im offenbaren Widerspruche befinden, wonach der Ortspfarrer in Ansehung des grünen oder Kleinzehntes, ohne Unterscheidung von Gärten und Feld die Vermuthung gegen sich hat, und wie jeder andere das Herkommen erst beweisen muß. In dieser Beziehung sind schon die Anmerkungen des Bar. Schmid in Semic. I. Contr. 36. Nr. 9. und in

Semic. II. Contr. 29. Nr. 3. anzuführen, — ferner das Landrecht selbst Th. II. Cap. 10. §. 3., 3tio, — §. 5., 1mo, — §. 25. 1mo, 4to und 6to, — sowie die Anmerkungen zur letzten Stelle Nr. 5. lit. e. und h.

Aus jener ersten Stelle des Landrechtes und den Erläuterungen dazu läßt sich daher die streitige Befugniß der Pfarrer als Großzehntherrn nicht herleiten.

5) Nach der zweiten Stelle sub Nr. 7. werden die in zehntbaren Feldern gemachten Auffänge, wie das Feld selbst ausgezehntet, „wenn anders der Auffang mit decimabeln Früchten angebaut wird." Decimable Früchte können nach dem natürlichen Wortverstande nur diejenigen heißen, welche der Auszehntung wirklich unterworfen sind, was in Ansehung der grünen oder Kleinzehntfrüchte von dem Herkommen eines jeden Ortes oder Zehntdistriktes abhängig ist. Denn der §. 9. des Landrechts a. a. O. verweist in Ansehung des Begriffes decimabler Früchte auf den ganzen §. 3. zurück, wonach das Getreid praesumtiv immer zehntbar, die Erzeugnisse des Gewerbfleißes, wie auch die Fische in Teichen, die Erze in Bergwerken, die Bäume in Wäldern, und dgl. absolut indecimabel, — die geringeren Cultur-Arten dagegen relativ decimabel sind, je nachdem der Ortsgebrauch, worüber nach dem diesseitigen Plenar-Beschlusse vom 19. Dezbr. 1844 (Reg.-Bl. 1845 S. 24.) auf das Herkommen eines jeden Zehntbezirkes zu sehen ist, sie der Zehntpflicht unterworfen hat oder nicht.

6) Nach dem Art. VI. (Buch IV. Tit. 16). der Landesordnung von 1553 und nach dem Art. X. Tit. 28. des Landrechtes von 1616 sollten zwar alle in der Getreidflur angebauten Früchte unbedingt und ohne Rücksicht auf Herkommen der Zehntpflicht unterliegen, wofür Bar. Schmid in seinem Commentar zur letzteren Stelle als „separata ratio" den Grund anführt, um dem Großzehntherrn einen Ersatz für den ihm entgehenden Getreidzehnt zu gewähren. Allein

das Landrecht von 1756 hat diesen Punkt geändert, indem es an die Stelle der Worte „es sey was Gewächs es wolle" — vielmehr setzte: „wenn anders der Auffang mit decimabeln Früchten angebaut wird." Die Regel des alten Landrechts ist daher in dem neuen nur als eine bedingte wiedergegeben, wobei in Ansehung des Begriffes decimabler Früchte um so weniger mehr auf den Gegensatz zu jenen, von denen im ganzen Lande ein Zehnt ungebräuchlich ist, zurückgegangen werden kann, als das Lokalherkommen ebenso stark ist, als der Landesgebrauch und demselben im Widerstreite sogar noch vorgeht.

7) Die Anmerkungen des Bar. Kreitmayr verweisen zwar, indem sie jene Stelle des Textes von den decimabeln Früchten wiedergeben, auf die Bemerkungen sub Nris. 4. und 6. des Bar. Schmid zurück, worin ein viel engerer Begriff indecimabler Früchte aufgestellt wird.

Allein diese Hinweisung verliert ihr Gewicht in Betracht einer anderen kurz vorhergehenden Stelle sub lit. f. zum vierten Casus, welche den wahren Gedanken des neuen Landrechts in diesem Belange klar zu Tage fördert. Dort wird nämlich für die ganz analoge Subrogation des Heuzehntes für den Getreidzehnt, wenn ein Acker in eine Wiese umgeschaffen wird, die Limitation als sich von selbst verstehend hinzufügt, „wenn der Heu- oder Gartenzehnt selbigen Orts ex consuetudine vel privilegio nicht Herkommens ist" — d. h. wenn das Heu in jenem Bezirke eine indecimable Fruchtgattung ist. Hieraus läßt sich mit Sicherheit folgern, der Verfasser des neuen Landrechts habe sub Nr. 7. ganz dasselbe festsetzen wollen, es bilde eine Ausnahme von der Zehntpflichtigkeit der Auffänge oder der im Getreidfelde gebauten grünen Früchte, wenn der Grünzehent überhaupt, oder von den in Frage stehenden Früchten in jenem Zehntbezirke nicht Herkommens ist.

8) Die Stelle behält dessen unerachtet noch immer ihre

Bedeutung und Wirksamkeit für den Fall, wenn grüne Früchte, von denen der Zehnt zwar an einem Orte herkömmlich ist, aber nicht zum Vortheile des Pfarrers, in die Getreidfelder gebaut worden, worin ihm der Großzehnt gebührt, gleichwie denn auch die Anmerkungen sub lit. i. am Ende des Verhältnisses zu Condecimatoren ausdrücklich erwähnen. Ebenso behält sie ihren Werth für den Zehntholden, der nie den Entgang in Getreid zu ersetzen, sondern im schlimmsten Falle nur die Auszehntung der wirklich gebauten Früchte zu dulden braucht.

9) Der vorstehenden Auslegung jener zwei Stellen verleiht endlich der Umstand noch ein besonderes Gewicht, daß sich die bisherige oberstrichterliche Praxis hierüber seit dem Erscheinen des Landrechtes von 1756 ohne Unterbrechung ganz gleich blieb, wie eine große Anzahl von Präjudikaten sowohl des churfürstlichen Revisoriums als auch des unterfertigten Gerichtshofes bewähren, sowie die hierüber angestellten Forschungen das Ergebniß liefern, daß die Pfarrer selbst sich in der Regel nur auf ein ihnen zur Seite stehendes Herkommen in ihren Ansprüchen auf den Kleinzehnt gestützt haben.

Diese ständige Usualinterpretation hat überdieß die ausdrückliche Billigung des Gesetzgebers für sich, wie die Cultur-Mandate vom 28. Sept. 1793 und 16. Sept. 1794 (Mayr. Gen.-Sammlg. Bd. V. S. 273 und 304.) entnehmen lassen, worin das Auszehnten der Klees in Brachfeldern für eine dem klaren Sinne der Landesgesetze zuwiderlaufende Neuerung, — und das Herkommen als ausschließender Titel des Anspruches auf allen Zehnt von den grünen Früchten selbst in der Brache erklärt wird. In gleichem Sinne spricht sich auch noch ein allerhöchstes Reskript an die Landesdirektion in Schwaben vom 25. Juni 1804 aus. (Döllinger's Verordnungs-Sammlung. Bd. XIII. Abth. I. S. 295)

10) Es versteht sich bei allem dem von selbst, daß hier-

mit nur die Vorschrift des bayerischen Landrechtes als allgemeines Provinzial-Statut zur Erörterung kam, daß aber ein besonderes Herkommen, wenn nur erwiesen, sowohl in Bezug auf den Zehntbezirk, als einzelne Grundstücke eben so gut eine Ausnahme hievon festzustellen vermöge, als diese Wirkung auch Verträgen, der Verjährung, rechtskräftigen Erkenntnissen und ähnlichen Rechtstiteln unbezweifelt zukommen müßte.

Vorstehender Beschluß wird hiemit nach Art. IV. des Gesetzes von 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, durch das Regierungsblatt öffentlich bekannt gemacht.

München, den 21. April 1847.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

v. Reicherk, funct. Sekretär.

---

## L.

# Plenar-Beschluß

### vom 19. Mai 1847,

**das Einlösungsrecht der Hypothekgläubiger nach §. 64. des Hypothekengesetzes betreffend.**

(Reg.-Bl. v. 1847, Nr. 31, S. 711—717.)

---

„Den Hypothekgläubigern steht das im §. 64. des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 erwähnte Einlösungsrecht nicht zu, wenn bei der gerichtlichen Versteigerung des Hypothekobjektes dessen Schätzungspreis erreicht ist.“

### Motive:

Der §. 64. des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 bestimmt:

„Wenn auf die Klage eines Hypothekgläubigers zu Bezahlung einer Hypothekschuld ꝛc. der gerichtliche Verkauf eines hypothezirten Gutes erkannt worden, so können weder die ihm nachstehenden Gläubiger, noch der Schuldner den Hinschlag hindern, wenn das bei der Versteigerung geschehene höchste Angebot den nach Umständen vorher gerichtlich herzustellenden Schätzungspreis erreicht; außerdem kann jeder Betheiligte noch die zweite und unter eben dieser Voraussetzung auch die dritte Versteigerung verlangen. Bei der dritten Versteigerung erfolgt der Hinschlag an den Meistbietenden ohne Rücksicht auf den Schätzungspreis.“

„Jeder Hypothekgläubiger, welcher dadurch seine Forderung ganz oder zum Theile verlieren würde, kann verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschehene Meistgebot hingeschlagen werde; hierüber muß der Gläubiger innerhalb acht Tagen, von dem Tage der Versteigerung an gerechnet, bei Verlust des Rechtes, sich nicht nur erklären, sondern auch die Mittel zur Befriedigung der ihm vorgehenden Gläubiger nachweisen.

Dieser Versteigerungstag aber muß den Hypothekgläubigern oder deren Bevollmächtigten vorher besonders bekannt gemacht werden.“

„In Ansehung dieses Einlösungsrechtes hat der jüngere Hypothekgläubiger vor dem ältern, jedoch nur gegen dessen vollständige Bezahlung, den Vorzug.“

Auf die Bestimmungen dieses Paragraphen, dessen erster Absatz die Vorschriften über den Hinschlag eines Hypothekobjektes bei gerichtlicher Zwangsveräußerung, der zweite und dritte aber das sogenannte Einlösungsrecht der Hypothekgläubiger, und den Vorzug der Letzteren bei dessen Ausübung enthalten, nimmt das Proceß-Gesetz vom 17. November 1837 in der Art Bezug, daß es gedachte Bestimmungen theils bestätiget, theils modificirt.

Dasselbe spricht im §. 92. aus:

„Ist das zu versteigernde Gut verhypothezirt, so wird nach dem Hypothekengesetze §. 64. verfahren, vorbehaltlich der Bestimmungen der §§. 98—101 des gegenwärtigen Gesetzes.“

Der §. 98 — anbindend an die §§. 95 und 97, gemäß welchen in der Regel eine einzige Versteigerungstagsfahrt stattfindet, worin, wenn auf die drittmalige Umfrage kein höheres Gebot erfolgt, der Zuschlag geschehen, und die Tagsfahrt beendiget werden soll, — sagt:

„Erfolgt gar kein Gebot, oder wird nicht wenigstens der Schätzungswerth geboten, so ist sowohl der Schuldner, als auch der mit einem Verluste bedrohte Gläubiger berechtiget, zu verlangen, daß das Gut nicht zugeschlagen, sondern eine zweite Versteigerung längstens vier Wochen hinaus nach der ersten vorgenommen werde.“

Der §. 99. setzt fest:

„Bei der zweiten Versteigerung erfolgt der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth, — was schon vorher in der Ankündigung der Versteigerung ausdrücklich bekannt zu machen ist.“

Die §§. 100 und 101 schreiben vor, was zu geschehen habe, wenn am zweiten Versteigerungstermine kein Angebot geschlagen wird, und fällt sonach vorliegend deren Beachtung weg.

Hiernach dürfen dermal bei nicht erreichtem Schätzungspreise der Schuldner und der mit Verlust bedrohte Gläubiger zwar noch eine zweite, nicht mehr aber die dritte Versteigerung begehren, und es muß schon vorher bei der Ankündigung dieser zweiten Versteigerung ausdrücklich bemerkt werden, daß in derselben der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungspreis erfolgt.

Alle übrigen Bestimmungen des angezogenen §. 64 des Hypothekengesetzes bleiben aufrecht.

Dieser §. stellt im ersten Absatze allgemein und unbedingt die Vorschrift auf, daß, wenn das in der Versteigerung

geschehene höchste Angebot den hergestellten Schätzungspreis erreicht, der Hinschlag weder von Gläubigern noch vom Schuldner gehindert werden könne.

Eine nothwendige Folge dieser, zwischen erster und zweiter Versteigerung nicht unterscheidenden Vorschrift ist, daß, wie in der ersten, so auch in der zweiten und nunmehr letzten Versteigerungstagsfahrt bei erreichtem Schätzungswerthe der Zuschlag von den Meistbietenden ohne jemands Hinderung geschehen müsse.

Hieraus ergibt sich weiter, daß, gleichwie nur in dem Falle, wenn bei der ersten Versteigerung das Meistgebot unter dem Schätzungspreise bleibt, neben dem Schuldner dem mit Verlust bedrohten Gläubiger gestattet ist, eine zweite Versteigerung zu begehren, so auch bei dieser zweiten Versteigerung lediglich dann, wenn das Meistgebot den Schätzungswerth nicht erreicht, nach Inhalt des zweiten und dritten Absatzes des §. 64. dem dadurch in Verlustgefahr gesetzten Hypothekgläubiger und zwar dem jüngern vor dem vollständig zu befriedigenden älteren das Recht zusteht, binnen ausschließender achttägiger Frist zu verlangen, daß ihm das Gut um das unter dem Schätzungswerthe gebliebene Meistgebot zugeschlagen werde; weßhalb auch angeordnet ist, die gedachte zweite Versteigerung den Gläubigern oder deren Mandataren unter ausdrücklicher Erwähnung des ohne Beachtung der Taxe erfolgenden Zuschlages besonders bekannt zu machen.

Sollte ein Hypothekgläubiger allenfalls selbst dann zu Verlust kommen, wenn ein den Schätzungspreis erreichendes oder übersteigendes Angebot gemacht ist, und sollte derselbe gesinnt seyn, das Hypothekobjekt um resp. über die Taxe an sich zu bringen, so kann er dem, aus dem gesetzlich gebotenen Hinschlage ihm drohenden Nachtheile nur dadurch begegnen, daß er — als Steigerer auftretend — das fragliche Anbot überbietet, und hiedurch entweder selbst Meistbietender wird,

oder den Mitsteigerer, dem das Recht nicht entzogen werden darf, in der Tagsfahrt so lange zu steigern, als er es angemessen findet, zu einem die gefährdete Hypothekforderung deckenden Angebote bestimmt.

Demgemäß findet das Einlösungsrecht nur statt, wenn bei der letzten Versteigerung das Meistgebot unter dem Schätzungspreise bleibt; dagegen ist dessen Ausübung unzulässig und muß es seyn, wenn das bei der Versteigerung geschehene höchste Angebot den Schätzungspreis erreicht oder übersteigt.

In diesem aus dem Gesetze selbst sich ergebenden Sinne ist das im §. 64. den Hypothekgläubigern gewährte Einlösungsrecht auch durch Staatsrath v. Gönner kommentirt worden, welcher das Hypothekgesetz entworfen, es als königlicher Commissär den Ständen unter Angabe der mit dieser Ansicht vollkommen übereinstimmenden Motive vorgelegt, und in dieser Eigenschaft zugleich bei den ständischen Verhandlungen mitgewirkt hat. — Und da die Bestimmungen des gedachten Paragraphen über den Zuschlag und das Einlösungsrecht dem Entwurfe von Wort zu Wort gleichlauten, so können sie zweifellos nur in der entwickelten Deutung aufgefaßt werden.

Vorstehender in Gemäßheit des Artikels II. des Gesetzes vom 17. November 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gefaßter Plenarbeschluß wird andurch bekannt gemacht.

München, den 19. Mai 1847.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

v. Reichert, funct. Sekretär.

# LI.

# Plenar-Beschluß

## vom 26. Januar 1848,

die Zulässigkeit der Berufung gegen Beweis-Interlokute über die gerichtsablehnende Einrede betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1848, Nr. 5, S. 67—71.)

„Gegen Erkenntnisse, wodurch bezüglich der gerichts-ablehnenden Einrede Beweis auferlegt wurde, findet eine selbstständige Berufung statt."

## Gründe:

1) Wenn die gerichtsablehnende Einrede vorgeschützt wird, und die zu deren Begründung oder Widerlegung gehörigen Thatsachen nicht sofort gewiß sind, so werden zwar in den meisten Fällen die Gerichte in der Vorschrift der Gerichts-Ordnung Cap. XIV. §. 2. Nr. 3. und Cap. XV. §. 7. Nr. 9. genügende Anhalts-Punkte finden, um durch die Abforderung einer Urkunde oder Bescheinigung, durch die Erholung anderwärts anhängiger Streitakten, oder die Verordnung einer Produktion des Vertrags, wodurch z. B. ein Compromiß errichtet wurde, oder auf ähnliche Weise jene Schwierigkeit zu heben, und ohne förmliches Beweisverfahren sich pflichtmäßig auf kürzerem Wege durch einfache Vorbescheide die erforderliche Aufklärung und Ueberzeugung zu schaffen.

Wenn indessen ausnahmsweise wegen besonderer Verwicklung des Falles ein Gericht es dennoch unumgänglich findet, zur genauen Ergründung der Wahrheit über die gerichtsablehnende Einrede einen förmlichen Beweis aufzuerlegen, und dadurch den Erfolg jener Einrede bedingnißweise zu präjudiciren, so hat sich für diesen Fall eine Verschiedenheit der Ansichten darüber ergeben, ob gegen ein

solches Beweis-Interlokut nach §. 51. der Novelle von 1837 eine selbstständige Berufung nicht, sondern nur eine Verwahrung stattfinde, oder ob dasselbe zu den Ausnahmen zu rechnen sey, welche der folgende §. 52. Nr. 4. von jener Regel gemacht hat.

2) Die letzte dieser Fragen war nun zu bejahen. Denn die Verhandlung über eine gerichtsablehnende Einrede, mag solche nun allein, oder in Verbindung mit der eventuellen Vertheidigung in der Hauptsache vorkommen, hat immer einen wahren Präjudicial-Punkt des Verfahrens zum Gegenstande, welcher seine Erledigung dadurch finden muß, daß die Einrede am Ende entweder zugelassen oder verworfen wird. Nur in dieser letzteren Voraussetzung ergeht ein Zwischen-Bescheid im Sinne des §. 19. Nr. 2. der Novelle von 1819 und des §. 52. Nr. 2. der Novelle von 1837, weil alsdann das angerufene Gericht mit der Hauptsache selbst befaßt bleibt, und zur weiteren Verhandlung der letzteren übergehen muß.

Wird dagegen die Einrede zugelassen, gleichviel, in welcher Instanz, so bildet ein solcher Ausspruch, wenn gleich die Streitfrage selbst dadurch noch keineswegs entschieden ist, den Haupt- und End-Bescheid für das eröffnete Verfahren vor dem nämlichen Gerichte, gegen welchen die beiden erwähnten Proceßgesetze keine Beschränkung im Gebrauche der ordentlichen Rechtsmittel verordnet haben. (Vergl. von Gönner's Comment. zur Novelle v. 1819 S. 304. Nr. 2.)

Das Interlokut, wodurch einem oder dem andern Theile ein Beweis über die Thatsachen auferlegt wird, wovon die Begründung oder Widerlegung der gerichtsablehnenden Einrede abhängt, erscheint daher in jedem Betrachte als ein zur Vorbereitung des End- und Haupt-Bescheides bestimmter Zwischen-Bescheid, weil derselbe nur in der Voraussetzung denkbar ist, daß die Einrede hypothetisch als begründet angenommen und zugelassen wurde. Es liegt daher auch nir-

gends ein haltbarer Grund vor, um sie deshalb, weil möglicher Weise am Schlusse eines solchen Beweis-Verfahrens selbst wieder ein Zwischen-Bescheid hervortreten kann, von dem Bereiche der Ausnahms-Bestimmung auszuschließen, welche der §. 52. Nr. 1. der Novelle von 1837 der Regel des §. 51. angehängt hat.

3) Eben diese Erwägung führt überdieß noch dahin, daß gegen beweis-auflegende Erkenntnisse der vorbemerkten Art auch das Rechtsmittel der Revision offen steht, ohne Rücksicht auf gleichförmige oder ungleichförmige Erkenntnisse, und ohne Unterschied, welcher der Partheien der Beweis auferlegt ist, oder welche jenes Rechtsmittel zu Hilfe nimmt, indem die Vorschrift des §. 54. Nro. 1. der Novelle von 1837 aus den bereits angeführten Gründen auf das Beweis-Interlokut über die gerichtsablehnende Einrede in keinen analogen Bezug genommen werden kann, und noch weniger den Schluß vom Größeren auf das Geringere, vom Wichtigeren auf das minder Bedeutende verträgt.

Vorstehender Beschluß wird hiemit nach Art. I. und IV. des Gesetzes von 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, durch das Regierungsblatt öffentlich bekannt gemacht.

München, den 26. Januar 1848.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

v. Reichert, funct. Sekretär.

# LII.
## Plenar-Beschluß
### vom 9. März 1848,
### die Bestimmungen des §. 31. des Finanzgesetzes vom 28. Dezember 1831 betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1848, Nr. 16, S. 185–190.)

„Die Bestimmungen des §. 31. des Finanzgesetzes vom 28. Dezember 1831 beziehen sich nur auf Foderungen, zu deren Zahlung die königlichen Cassen bereits angewiesen sind."

## Gründe:

Schon der Wortlaut der hier zur Sprache gebrachten Gesetzesstelle, insbesondere im Gegenhalte zu dem Inhalte des ihr unmittelbar vorangehenden §. 30. ergiebt, daß dieselbe nicht illiquide, nach dem 1. Oktober 1830 erst erwachende, und bei obwaltendem Widerspruche vorerst gerichtlich auszutragende, sondern nur solche Foderungen zum Gegenstande hat, zu deren Zahlung die königlichen Cassen bereits angewiesen sind. Denn während der §. 30. die Foderungen aus Titeln bis zum 1. Oktober 1830 der Erlöschung für den Fall unterwirft, wenn sie zwar zur Einklagung geeignet gewesen wären, bis zum 1. Oktober 1833 aber bei dem königl. Staatsministerium der Finanzen nicht angemeldet worden sind, spricht dagegen der §. 31. nur von solchen Foderungen, welche vom 1. Oktober 1830 an binnen drei Jahren von dem Tage an gerechnet, wo sie zur Zahlung verfallen waren, nicht erhoben worden sind, oder von welchen nicht eine in diesem Zeitraume an die Cassa geschehene Anmeldung zur Erhebung nachgewiesen werden kann.

Aber auch seinem Zwecke nach wollte dieser §. 31. von keinen anderen als solchen zur Zahlung bereits angewiesenen Foderungen handeln, weil dieser Zweck nach dem übereinstimmenden Inhalte der landständischen Verhandlungen nur dahin ging, auch dem allgemeinen Rechnungswesen des Staates den nemlichen Vortheil zu verschaffen, der dem Rechnungswesen der Staats-Schuldentilgungskassa schon durch den §. 13. des Gesetzes vom 11. September 1825, die Staatsschuld betreffend, zu Theil geworden war, nemlich die Zahlungsretardaten, die nicht erhobenen Beträge der zur Zahlung angewiesenen Posten, zu beseitigen, und durch die Befreiung der Rechnungen von der Uebertragung dieser Zahlungsverbindlichkeiten von einer Rechnungs- oder Finanzperiode zur andern diese Rechnungen selbst zur steten Aufrechthaltung des Gleichgewichts zwischen Einnahme und Ausgabe zu bereinigen.

Ständeverhandlungen v. J. 1831. Kammer der Abgeordneten Bd. I. S. 76—77. Bd. XXI. S. 80. Beilagen-Band I. §. 20—22. des am Ende befindlichen Entwurfs. Kammer der Reichsräthe B. X. S. 407.

Selbst der Einwand, den man hiegegen aus dem Mangel einer vollkommenen Gleichstellung zwischen den Foderungen der Unterthanen an den k. Fiskus, und jenen des kgl. Fiskus an die Unterthanen entnehmen wollte, welche Gleichstellung durch die Bestimmungen des §. 32. im Gegenhalte zu den §§. 30. und 31. des gedachten Gesetzes erzielt werden sollte,

Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten Band XXI. S. 87. 102. 110. und 126.

tritt hiebei zurück, wenn erwogen wird, daß nach den Stellen, welche behufs dieser Gleichstellung in Folge der Kammerverhandlungen S. 110. a. a. O. am Entwurfe des §. 32. gestrichen wurden, diese beiderseitigen Foderungen nicht sowohl rücksichtlich ihrer Liquidität als vielmehr hinsichtlich ihres

Bekannt- oder Nichtbekanntseyns gleichgehalten werden sollten, welches dem Gläubiger Bekanntseyn einer Foderung, aber von der Liquidität derselben wesentlich verschieden ist.

Wenn nun auch hiernach für die nach dem 1. Oktober 1830 erst entstehenden, nicht sofort anerkannten und zur Zahlung angewiesenen Foderungen der Unterthanen an den königl. Fiskus ein abgekürzter Erlöschungstermin im Gesetze nicht gegeben ist, so spricht doch gegen die Ausdehnung des §. 31. auch auf solche vom Fiskus nicht anerkannte Foderungen die Berücksichtigung, daß es nach fr. 69. princ. de legatis et fideicom. III. nur dann gestattet ist, vom Wortlaute des Gesetzes abzugehen, wenn es augenscheinlich ist, daß der Gesetzgeber etwas anderes im Sinne gehabt habe, während hier die wörtliche Anwendung des §. 31., wie gezeigt, gerade dem ursprünglichen Zwecke dieses Gesetzes entspricht.

Hiezu kommt dann noch, daß die in diesem §. 31. gegebene Anordnung ein korrektorisches, oder, wie bereits in dem Plenarbeschlusse vom 18. Mai 1842 Nr. 3. bemerkt ist, ein dem allgemeinen Rechte fremdes Gesetz ist, bei welchen korrektorischen Verfügungen nach const. 55. de inof. test. immer die Auslegung vorgezogen werden soll, nach welcher das neue Gesetz von dem früheren oder allgemeinen Rechte am wenigsten abweicht.

Vorstehender auf dem Grunde des Art. I. des Präjudiziengesetzes vom 17. November 1837 gefaßter Plenarbeschluß wird hiemit nach Art. IV. des nemlichen Gesetzes durch das Regierungsblatt bekannt gemacht.

München, den 9. März 1848.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

v. Reichert, funct. Sekretär.

# LIII.

## Plenar-Beschluß

### vom 13. Dezember 1848,

die Zuläſſigkeit der Berufung an die dritte Inſtanz gegen die in zwei Inſtanzen gleichförmig ausgeſprochene Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1849, Nr. 1, S. 12—15.)

---

„Gegen die in zwei Inſtanzen gleichförmig ausgeſprochene Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede findet Berufung an die dritte Inſtanz in dem Falle ſtatt, wenn mit dieſer Einrede die Einlaſſung auf die Hauptſache eventuell verbunden war, und über den gleichzeitig in der Hauptſache erlaſſenen Ausſpruch Berufung ergriffen wird."

## Gründe:

Die Gerichtsordnung ſelbſt enthält keine Beſtimmung, nach welcher die Zuläſſigkeit einer Berufung an die dritte Inſtanz gegen den Ausſpruch auf Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede als beſonderer Beſchränkung unterworfen zu erachten wäre, und es iſt nach den in derſelben enthaltenen Vorſchriften die Berufung an die dritte Inſtanz wegen Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede nicht nur in dem im obigen Beſchluſſe bezeichneten Falle, ſondern ſelbſt auch dann, wenn der ergangene Ausſpruch die gerichtsablehnende Einrede allein betrifft, zuläſſig, ſo ferne es nur an den allgemein erforderlichen Berufungsförmlichkeiten nicht ermangelt.

Rückſichtlich des letzterwähnten Falles finden ſich zwar in den neueren Geſetzen Beſtimmungen vor, wodurch die Statthaftigkeit der Berufungen beſchränkt wurde, aber auch

sie umfassen den im obigen Beschlusse bezeichneten Fall nicht, und es kann insbesondere die Ansicht, daß gemäß §. 54. des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, in dem im obigen Beschlusse bezeichneten Falle die Berufung bezüglich der Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede als unstatthaft zurückzuweisen sey, nicht als rechtlich begründet erachtet werden.

Der vorallegirte §. 54. zählt die Ausnahmen, in welchen die Berufung an die dritte Instanz nicht stattfindet, in seinen Absätzen Nr. 1. bis 9. inclusive speciell auf, begreift aber hierunter bezüglich der Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede gemäß Absatz 1. lediglich den im §. 52. Nr. 2. l. c. bezeichneten, besonderen Fall; dieser ist aber von dem im obigen Beschlusse bezeichneten wesentlich verschieden. Der §. 52. Nr. 2. handelt von einem Falle, in welchem unter Vorschützung der gerichtsablehnenden Einrede (Cod. jud. Cap. VI. §. 3. Nr. 1. und §. 24. bis 27. des vorallegirten Gesetzes vom 17. November 1837) die Einlassung auf die Klage verweigert, und sofort lediglich über diesen Punkt erkannt, die vorgeschützte Einrede als unbegründet verworfen wird. Nur von Erkenntnissen dieser Art, von den über Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede ergangenen Zwischenbescheiden und den hiegegen gerichteten Berufungen geschieht im §. 52. Nr. 2. Erwähnung, und nur von solchen handelt auch der §. 54., da hierin lediglich die im §. 52. Nr. 2. bezeichneten Erkenntnisse in Bezug genommen sind.

Beim Vorhandenseyn der im obigen Beschlusse bezeichneten Voraussetzungen, die Berufung bezüglich der Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede als unstatthaft zu erklären, bietet weder der vorallegirte §. 54., noch irgend eine andere gesetzliche Bestimmung einen hinreichenden Grund dar.

Vorstehender auf den Grund des Artikels I. des Präjudizien-Gesetzes vom 17. November 1837 gefaßter Plenar-

Beschluß wird hiemit nach Art. IV. desselben Gesetzes durch das Regierungs-Blatt bekannt gemacht.

München, den 13. Dezember 1848.

Ober-Appellationsgericht des Königreiches Bayern.

Freiherr von Gumppenberg,
Präsident.

Sieghart, Sekretär.

---

# LIV.

## Plenar-Beschluß

vom 12. Mai 1849,

die Baupflicht bei Kirchen- und Pfarrhausbauten im ehemaligen Bisthum Würzburg betr.

(Reg.-Bl. v. 1849, Nro. 29, S. 553—561.)

---

„Nach der fürstbischöflich Würzburgischen Verordnung vom 11. April 1687, das Bauwesen der Kirchen und Pfarrhäuser betreffend (Landmandaten-Sammlung Bd. I. S. 356) sind die Gemeinden zur Tragung der Bau- und Reparaturkosten vor den Zehntherren nicht verbunden."

### Motive:

Die eben allegirte Verordnung enthält über die Baupflicht bei Kirchen- und Pfarrhausbauten folgende Bestimmung:

„Wir befehlen hiemit gnädigst, und wollen, daß, soviel „die Bau- und Reparationsunkosten betrifft, wofern in „dergleichen Fällen weder der Heilige noch die Gemeind „solche zu tragen vermag, weniger schuldig zu seyn er- „weisen kann, alsdann die Zehntherrn durchgehends,

„(welche ihre vorschützende Exemtion nicht zu belegen „haben) hiezu der Zehnten Proportion nach zu con- „curriren schuldig seyn, und solches pro evidenti „norma et regula gleichwie anderer Orten observirt „werden soll.“

Diese Bestimmung wurde schon früher und ist auch in neuerer Zeit von den Zehntherren dahin ausgelegt worden, daß sie in Gemäßheit derselben gegenüber den Gemeinden erst dann concurrenzpflichtig seyen, wenn diese Gemeinden zur Bestreitung der Bau- oder Reparaturkosten unvermögend seien, oder einen besonderen Befreiungsgrund nachweisen könnten; allein diese Auslegung ist, wenn sie auch in eini- gen oberstrichterlichen Erkenntnissen Anerkennung gefunden hat, nicht richtig.

Unverkennbar ist es, daß die Worte der in Frage stehenden Verordnung unklar sind, und eines geordneten sprachlichen Zusammenhanges entbehren, sofort den wahren Sinn derselben mit Sicherheit nicht anerkennen lassen.

Hiernach ist der Richter auf das Gebiet der gesetzlichen Auslegungsregeln verwiesen, wobei die authentische Inter- pretation die erste und entscheidende Stelle einnimmt.

Die vorhandenen Urkunden über die Entstehung und Anwendung der erwähnten Verordnung liefern nun folgendes Ergebniß:

1) Nach einem Protokolle der Würzburger geistlichen Regierung vom 24. Jänner 1687 hatte der Fürstbischof be- fohlen, den Decimatoren zu bedeuten, daß sie in den Fällen, wo der Heilige nicht sufficient sei, zur Reparirung der Kir- chen- und Pfarrhäuser zu concurriren schuldig seien, und es künftig durchgehends in dem Hochstifte, gleichwie es in dem Erzstifte Mainz pro norma et regula gehalten werde, also observirt werden solle.

Die eigentliche Veranlassung der Verordnung war also nach jenem Protokolle bloß die Weigerung der Decimatoren,

ihre Concurrenzpflicht überhaupt anzuerkennen, so daß nur über die Frage, ob diese Concurrenzpflicht der Zehentherren bestehe, nicht aber über die Stelle, welche sie in der Reihenfolge der Baupflichtigen einzunehmen haben, eine Entscheidung erlassen werden sollte.

2) Nach einem weiteren Protokolle derselben geistlichen Regierung vom 29. Jänner 1687 sollte nach einem besonderen Auftrage des Fürstbischofs der anbefohlenen Resolution an die Zehentherrn noch die Clausel beigesetzt werden:

„wenn der Heilige nicht sufficient oder sonsten Niemand „schuldig sey, alsdann sollten die Decimatoren zu con„curriren schuldig seyn."

Diese fürstbischöfliche Anordnung gibt deutlich zu erkennen, daß die subsidiäre Natur der Concurrenzpflicht der Decimatoren nur dem Kirchenvermögen gegenüber und bezüglich anderer Personen nur unter der Voraussetzung gelten sollte, daß kein specieller Verpflichtungsgrund für solche andere Personen vorhanden ist. Hiernach war es nicht die Absicht des Fürstbischofs, die Verbindlichkeit anderer Personen und namentlich der Gemeinden zur Bestreitung der fraglichen Baukosten vor den Zehentherren als Regel festzusetzen, und deren Befreiung an ihre Unvermögenheit oder an den Beweis einer auf speciellen Rechtstiteln beruhenden Exemtion zu knüpfen.

Da nun der Wille des Gesetzgebers so deutlich und unumwunden von ihm selbst ausgesprochen wurde, so darf den Worten, in denen er seinen Willen ausdrückte, auch keine andere Deutung gegeben werden.

3) In einem Protokolle der geistlichen Regierung vom 28. April 1687, also 17 Tage nach dem Erscheinen der Verordnung, wird der Inhalt der kritischen Stelle dahin angegeben:

wenn der Heilige nicht sufficient, noch sonsten Mittel sich vorgeben wollen,

und in einem weiteren Protokolle vom 22. Februar 1688, sohin kaum 10 Monate später, ist der Sinn jener Stelle in folgender Weise ausgedrückt:

im Falle weder die Kirche es zu thun vermögte, noch sonsten Jemand dazu schuldig zu seyn sich finden sollte.

Diese Interpretation von Seite derjenigen bischöflichen Stelle, welche die Verordnung selbst redigirte, stimmt ganz mit der Fassung überein, welche ihr nach dem oben angeführten Befehle des Fürstbischofs gegeben werden sollte, und bewähret ebenfalls, daß die Bauverbindlichkeit anderer Personen, namentlich der Gemeinden, nur als durch das Vorhandenseyn eines besonderen Verpflichtungsgrundes z. B. eines Vertrages oder einer örtlichen Observanz bedingt angesehen wurde.

4) In einer Reihe von mehr als hundert Jahren nach Erlassung jener Verordnung wurden auch von der fürstbischöflich geistlichen Regierung als der damals in Zehentsachen competenten Stelle in vorkommenden Baufällen bei Unvermögenheit des Kirchenvermögens immer sogleich die Zehentherrn zur Bestreitung der Kosten beigezogen, ohne auf eine Verpflichtung der Gemeinden Rücksicht zu nehmen, und nach einem Ausspruche des Fürstbischofs selbst vom 11. August 1791, dessen in einem Hofkammerprotokolle vom 14. Jänner 1792 bei Gelegenheit eines einzelnen Falles Erwähnung geschieht, hat sich im Bisthume Würzburg in Ermangelung besonderer Rechtsverhältnisse die Reihenfolge der Concurrenzpflichtigen lediglich nach den Vorschriften des Tridentinischen Concils zu richten.

Da nun aus den bisher angeführten authentischen Quellen der wahre Sinn der Verordnung vom 11. April 1687 mit voller Sicherheit hervorgeht, so ist es unnöthig und unzuläßig, eine Interpretation derselben nach den Ergebnissen einer grammatikalischen und logischen Forschung eintreten zu lassen, und genügt es daher in dieser Beziehung zu erwäh-

nen, daß schon vornherein die Annahme, als habe ein geistlicher Fürst die Vorschriften des für ihn unbedingt gültigen Tridentinischen Concils, welches den Gemeinden die letzte Stelle unter den Baupflichtigen angewiesen hat, in einem solchen wesentlichen Punkte abändern wollen, nur bei dem Vorhandenseyn ganz klarer Beweise einer solchen Absicht gerechtfertiget seyn würde, während gerade die am Schlusse der fraglichen Verordnung geschehene Hinweisung auf die Observanz anderer Orte deutlich zu erkennen gibt, daß die Grundsätze des erwähnten Concils aufrecht erhalten werden sollten, weil in allen benachbarten Diöcesen dieselben zur damaligen Zeit volle Geltung hatten, endlich daß in der fürstbischöflich Würzburgischen Instruktion für die Pfarrer vom Jahre 1746 (Landmandaten-Sammlung Bd. II. S. 426) die Reihenfolge der Bauconcurrenzpflichtigen ganz nach der im Tridentinischen Concil festgesetzten Ordnung aufgeführt ist, was offenbar nicht hätte geschehen können, wenn nach der Verordnung vom 11. April 1687 die Gemeinden vor den Decimatoren, ganz abgesehen von besonderen Verhältnissen, baupflichtig wären.

Aus der bisherigen Ausführung geht hervor, daß die Verordnung vom 11. April 1687 erschöpfende Vorschriften weder hinsichtlich aller subsidiär concurrenzpflichtigen Personen noch bezüglich der Reihenfolge derselben unter ihnen selbst enthalte, sondern nur die damals streitig gewesene Frage entschieden habe, ob die Decimatoren unter den im Tridentinischen Concil genannten Personen, welche Früchte aus dem Kirchenvermögen beziehen, begriffen seyen, mit welcher Entscheidung nur die in sehr unklarer und fehlerhafter Wortfassung ausgedrückte, übrigens nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften sich von selbst verstehende Clausel verbunden wurde, daß die Baupflicht der Zehentherren dann nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn das Kirchenvermögen zureicht oder bewiesen werden kann, daß der

betreffenden Gemeinde diese Baupflicht aus besonderen Gründen ausschließend oder wenigstens vor den Zehentherren obliege. Hiernach ist also die Ansicht, daß jene Verordnung sogar den Gemeinden vor den Zehentherren unbedingt die Concurrenzpflicht auflege, der klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers nicht gemäß, so wie denn auch über andere diese Rechtsmaterie berührende Fragen, z. B. ob und unter welchen Voraussetzungen der Patron ebenfalls baupflichtig sey, eine Entscheidung aus jener Verordnung nicht abgeleitet werden kann, weil sie, wie bereits erwähnt wurde, diese Rechtsmaterie nicht erschöpfend erledigen wollte.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn auch der Zehentherr in einem concreten Falle die Bau- und Reparaturkosten bestreiten muß, die Verpflichtung der Gemeinden zu den Hand- und Spannfrohnen nach der fürstlich Würzburgischen Verordnung vom 26. Mai 1759 (L. M. S. Bd. II. S. 746) aufrecht bleibe.

Vorstehender in Gemäßheit des Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, gefaßte Plenarbeschluß wird hiemit bekannt gemacht.

München, den 12. Maj 1849.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg,
Präsident.

Schwertfelner, funkt. Sekretär.

---

# LV.

# Plenar-Beschluß

## vom 11. Juni 1849,

das Vorzugsrecht der Gläubiger nach §. 23, Ziffer 8, der Prioritätsordnung betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1849, Nr. 35 S. 633—643.)

„Die Auspfändung ist als wirklich erlangt, im Sinne der Prioritätsordnung §. 23, Nro. 8, auch dann anzusehen, wenn der Abgeordnete des Gerichts bei deren Vornahme kein bewegliches Eigenthum des Schuldners vorgefunden hat."

Nicht selten wird im Concurse das von einzelnen Gläubigern wegen erlangter Auspfändung in Anspruch genommene Vorzugsrecht der IV. Classe aus dem Grunde bestritten, weil sich bei der Auspfändung kein auspfändbarer Gegenstand vorgefunden habe, und es hatte sich selbst in oberstrichterlichen Erkenntnissen die Ansicht Geltung verschafft, daß dieses Vorzugsrecht für den Gläubiger nur dann erworben sey, wenn der Abgeordnete des Gerichts bei dem Vollzuge der ihm aufgetragenen Auspfändung bewegliches Eigenthum des Schuldners wirklich in Beschlag genommen hat.

Der oberste Gerichtshof entschied sich in pleno für obige Auslegung der betreffenden Gesetzesstelle aus folgenden

### Motiven:

1) Das Gesetz hat die Erwerbung des fraglichen Vorzugsrechts an die Bedingung geknüpft, daß der Gläubiger vermöge richterlichen Erkenntnisses die Auspfändung des Schuldners wirklich erlangt habe.

Das Wort „erlangen", wie hier im figürlichen Sinne von Handlungen Anderer und Begebenheiten gebraucht, bedeutet so viel als

durch Bitten und Vorstellungen verursachen, daß etwas geschehe.

Durch den Gebrauch dieses Wortes in Verbindung mit der Auspfändung des Schuldners hat also der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er die Erwerbung des Vorzugsrechts

a) von des Gläubigers eigener Thätigkeit, und

b) von dem dadurch verursachten Eintritt des Aktes der Auspfändung

abhängig machen wolle; hiebei aber

c) nur die Auspfändung des Schuldners, nicht auch die Auspfändung einer dem Schuldner gehörigen Sache als das vom Gläubiger zu Erlangende bezeichnet.

Die Auspfändung des Schuldners ist aber geschehen, sobald der Diener oder andere Abgeordnete des Gerichts im Vollzuge des erhaltenen Auftrages sich in dessen Wohnung begeben und über die daselbst vorgefundenen und in Beschlag genommenen Gegenstände das im §. 75. des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, vorgeschriebene Verzeichniß oder Protokoll aufgenommen hat.

Der Erfolg einer Handlung gehört nicht schon zum Begriffe derselben, und es ist daher ohne Einfluß auf die Beantwortung der Frage, ob die Auspfändung des Schuldners wirklich geschehen sey, wenn der Gerichtsdiener beim Vollzuge seines Auftrages nur unbedeutendes oder gar kein Mobiliar, oder nur dem Schuldner nicht gehörige Sachen vorgefunden und beziehungsweise in Beschlag genommen hat. Der Erfolg der Auspfändung liegt außer dem Bereiche der Thätigkeit des Gläubigers: dieser kann nur durch seine Anträge und Sollicitationen bewirken, daß die Auspfändung vor sich gehe, und sobald dieses geschehen, hat er die Auspfändung des Schuldners wirklich erlangt.

2) Nach der in Bayern früher bestandenen im Cap. 20. der Gerichts-Ordnung vom Jahre 1753 enthaltenen Prioritätsordnung ist den Gläubigern, welche in liegende Güter des Schuldners gerichtlich immittirt worden, in der 8. Classe, neben den Hypothek- und Faustpfandgläubigern; denjenigen

aber, welche einen gerichtlichen Zahlungsbefehl oder Arrest ausgewirkt haben, in der 10. Classe ein Vorzugsrecht zugestanden. Dieses Vorzugsrecht gründet sich bezüglich der Ersteren auf das durch die Immission erworbene stillschweigende Pfandrecht; bezüglich der Letzteren auf ein privilegium personale simplex, abgeleitet aus dem altdeutschen Rechtsgrundsatze, daß wer sein Recht zuerst wahr gemacht, sich zuerst wehren soll.

Landrechtbuch K. Ludwig des Bayern v. J. 1346 C. 18. Art. 10. Cod. jud. Cap. 20. §. 12. pr. in Not. lit. f.

In der Prioritäts-Ordnung vom Jahre 1822 wurden diese beiden Gattungen des Vorzugsrechts in der Art miteinander verschmolzen, daß den Gläubigern, welche vermöge richterlichen Erkenntnisses die Auspfändung des Schuldners oder die Immission in dessen Güter wirklich erlangt haben, ein Vorzugsrecht in der IV. Classe eingeräumt, dabei aber ausdrücklich bestimmt wurde, daß dieselben sich mit den übrigen in diese Classe unter Nro. 3. bis 9. locirten Gläubigern in den Ueberrest der Concursmasse nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen zu theilen haben.

Aus dieser letzteren Bestimmung folgt unbestreitbar, daß der Grund des den zur Immission oder Auspfändung gelangten Gläubigern in der neuern Prioritäts-Ordnung eingeräumten Vorzugsrechts in einem ihren Forderungen nach den früheren Gesetzen zugestandenen, durch das Hypotheken-Gesetz aber abgeschafften stillschweigenden Pfandrechte nicht mehr gesucht werden könne. Es bleibt sonach nur noch der andere, auch im römischen Rechte anerkannte Grund des Gesetzes, daß dem wachsamen und thätigen Gläubiger, welcher nicht nur seine Forderungen im Rechtswege geltend gemacht, sondern auch nach erfolgtem richterlichen Erkenntniß alle ihm zu Gebote gestandenen Mittel angewendet hat, um durch richterliche Hülfe zu seiner Befriedigung zu gelangen (qui diligens fuit), ein Vorzug vor anderen nicht so wachsam und thätig gewesenen Mitgläubigern gebühre.

Vergl. L. 6 §. 2. D. de reb. auct. jud. possid.
L. 24. D. quae in fraud. cred.
von Gönners Comment. z. Hyp.-Gesetz Bd. I. S. 206.

Erkennt man dieses als den Grund des vorliegenden Gesetzes, wie denn eine andere Rücksicht, welche hierin den Gesetzgeber geleitet haben könnte, nirgends abzusehen ist, so folgt daraus in Beziehung auf die Auslegung desselben, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen seyn könne, das Vorzugsrecht der Gläubiger von dem Umstande abhängig zu machen, daß bei der Auspfändung des Schuldners auch wirklich auspfändbare Gegenstände vorgefunden worden; solches vielmehr schon dann als erworben anzusehen sey, wenn der Gläubiger es dahin gebracht hat, daß die Auspfändung des Schuldners nicht bloß vom Gerichte verfügt, sondern auch zum Vollzuge derselben geschritten worden; denn er hat dann Alles gethan, was in seinen Kräften stand, um zu seiner Befriedigung zu gelangen.

3) Auch der innere Zusammenhang der fraglichen Gesetzesstelle entspricht dieser Auslegung; denn der Auspfändung des Schuldners ist hier gleiche rechtliche Wirkung mit der Immission in dessen Güter beigelegt, und daß die Immission auch dann als vollzogen anzusehen sey, wenn sie durch äußere Hindernisse gegenstandlos oder vereitelt worden, ist sowohl im römischen Rechte, als im bayr. Civilcodex anerkannt.

Das Erstere rechnet hieher die Fälle si forte nihil fuerit quod possideatur veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam,

L. 12. §. 2. l. 13. D. de reb. auct. jud. possid.

und die Praxis hat hieraus den Grundsatz gebildet, daß im Falle gewaltsamer oder doloser Verhinderung von Seite des Schuldners die gerichtlich verfügte Immission für vollzogen erachtet werde — impeditus immitti pro immisso habetur.— Prunnemann Proc. civ. c. 29 N. 2. Leyser Spec. 476. Md. 11. Lauterbach. Coll. Lib. 20. Tit. 1. §. 16.

Der bayerische Civilcodex aber bestimmt Th. II. cap. 6.

§. 13. Nr. 6 in Not. lit. f., daß bei gerichtlichen Pfändern auf die Zeit wirklich geschehener, oder da man geflissenes Hinderniß macht, auf die Zeit beschlossener Extradition oder Immission gesehen werde.

Mit diesen Bestimmungen steht die Prioritätsordnung im vollkommenen Einklange, wenn sie nach obiger Auslegung verordnet, daß ein Vorzugsrecht durch die Immission wie durch die Auspfändung erworben sey, sobald der Gläubiger es durch sein Andringen dahin gebracht hat, daß seine Einweisung in die Güter des Schuldners vom Richter nicht bloß beschlossen, sondern auch in der That unternommen wurde, möge nun der Erfolg dieses Aktes seyn, welcher er wolle.

4) Der sowohl im §. 24. der Prioritätsordnung als in den Motiven (Verhandlungen der II. Kammer der Ständeversammlung v. J. 1822, Beil.-Bd. I. S. 23) deutlich und bestimmt ausgesprochene Wille des Gesetzgebers, daß das fragliche Vorzugsrecht nicht auf den Werth der gepfändeten Sache beschränkt sey, sondern auf die ganze gemeine Masse sich erstrecke; daß folglich das Ergebniß der Auspfändung ohne Einfluß auf den Umfang des dadurch begründeten Vorzugsrechtes sey, berechtiget zu dem Schlusse, daß das Gesetz auch den Eintritt dieses Vorzugsrechtes nicht von dem Ergebnisse, sondern nur von der wirklich geschehenen Vornahme jener Gerichtshandlung abhängig gemacht habe: denn da der Erwerb eines Rechtes sich zu dem Umfange desselben wie die Ursache zur Wirkung verhält, so muß angenommen werden, der Gesetzgeber habe für das Entstehen des Rechts nur solche Bedingungen aufgestellt, welche zum Hervorbringen der beabsichtigten Wirkung desselben erforderlich sind.

5) Bei der Annahme der gegentheiligen Ansicht, daß das Vorzugsrecht nur dann erst erworben sey, wenn der Abgeordnete des Gerichts bei der Vornahme der Auspfändung auch wirklich etwas Auspfändbares gefunden und weggenommen, oder mit Beschlag belegt hat, gelangt man nothwendig zu der Schlußfolgerung, daß das Vorzugsrecht der

Gläubiger in manchen Fällen von dem Auffinden und der Wegnahme eines, wenn auch noch so unbedeutenden Gegenstandes, demnach von der größern oder geringern Achtsamkeit des Executors und dessen subjectiver Ansicht von der Auspfändbarkeit einer Sache abhänge.

Das Vorzugsrecht wäre ferner für den Gläubiger auch dann nicht erworben, wenn es dem Schuldner gelungen ist, das vorhandene Mobiliar der Warhnehmung des Executors zu entziehen, oder wenn der Executor aus Versehen oder in Folge absichtlicher Täuschung von Seite des Schuldners diesem nicht gehörige Sachen ausgepfändet hat, so daß also der Gläubiger selbst für fremdes Versehen und den dolus seines Gegners zu büßen hätte.

Eine solche Auslegung des Gesetzes würde aber dem durch dasselbe bezweckten Schutze der rechtsuchenden Gläubiger geradehin widerstreben, sohin gegen die Grundsätze der erklärenden Interpretation verstoßen, daß die Gesetze im Zweifel so auszulegen seyen, wie sie der Natur der Sache und ihrem anerkannten Zwecke am besten entsprechen,

L. 16. D. de legibus. L. 61. D. de reg. jur.

und die mildere billigere Deutung der zur Härte führenden vorzuziehen sey.

Nr. 18. D. de legibus. L. 192. §. 1. D. de reg. jur.

Der vorstehende gemäß Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, gefaßte Plenarbeschluß wird hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 11. Juni 1849.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg,
Präsident.

Schwertfellner, funkt. Secretär.

# LVI.

## Plenar-Beschluß

vom 30. Mai 1851,

das Notherbrecht der Geschwister im Verhältnisse zu unehelichen Kindern nach bayerischem Landrechte betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 30, S. 657—663.)

---

„Unter der Herrschaft des bayerischen Landrechtes sind außereheliche Kinder nicht für bemackelte Personen mit der Wirkung zu halten, daß nach Thl. III. Cap. 3, §. 14, Nr. 3 den Brüdern und Schwestern desjenigen, der sie zu Erben eingesetzt hat, die Rechte der Notherben zustehen."

### Gründe:

Das bayerische Landrecht hat im Thl. III. Kap. 3, §. 14, Nr. 3 verordnet: „Collateral-Befreundte sind niemals Notherben, ausgenommen Brüder und Schwestern auf „den Fall, wenn eine ehrlose oder bemackelte Person instituirt „ist, und sie nicht selbst von dergleichen Gattung sind."

Wer eine bemackelte Person sei, ist im Texte des Landrechtes nirgends entschieden; die Anmerkungen zu jener Stelle No. 5, lit. e fügen zu ihrer Erläuterung nur bei:

„Unter die personas turpes aber werden nicht nur „infame und ehrlose Leute, sondern auch alle jene gerechnet, „welche levi macula notirt sind, womit unser Landrecht „tit. 36, Art. 8 ebenfalls übereinstimmt, und insonderheit „die Schalksnarren, Gauckler, Lotterbuben, uneheliche „Kinder, item die in offener Unzucht und Concubinat „Lebenden, nebst allen Anderen, welche insgemein einen bösen „Namen, Leumuth und Beruf haben, specificirt."

In der Stelle des Landrechtes von 1616, worauf hier hingewiesen ist, hatte es geheißen: „dahero unter dieselbigen,

„(welche sonst einen Mackel oder bösen Ruf haben) nit al-
„lein die . . . . sondern auch andere leichtfertige Personen,
„als Schalksnarren, Gauckler, ausserehliche Kinder
„ . . . . sollen gezählt werden."

Es ergab sich nun eine Verschiedenheit der Ansichten und Aussprüche darüber, ob nach Vorschrift des neuen Landrechtes und im Hinblicke auf die später erschienenen Gesetze und Verordnungen die unehelichen Kinder für bemackelte Personen zu halten und zu erklären seien, mit der Wirkung, daß, im Falle Jemand eine außerehelich geborne Person zum Erben einsetzt, seinen Geschwistern in Kraft der zuerst bemerkten Stelle des Landrechtes die Rechte der Notherben zustehen.

Diese Frage war aber zu verneinen. Denn

1) ein Text des Gesetzes, wodurch dergleichen Personen für befleckt erklärt wären, besteht nicht, vielmehr ist die Vorschrift des älteren Landrechtes aus dem Texte weggelassen, und in die Anmerkungen zum neuen verwiesen, überdieß mit der Abweichung, daß, während es dort geheißen hatte, „sie sollen zu den bemackelten Personen gezählt werden," die Anmerkungen zu dem neuen Landrechte nur sagen: „sie werden dahin gerechnet, womit auch das ältere Landrecht übereinstimmt."

2) Diese Abweichung von dem fest ausgeprägten Zustande des älteren Rechtes erklärt sich am natürlichsten in folgender Weise. Die Gesetzgebung von 1756 wollte im Festhalten an das gemeine Recht und eingewurzelte Rechtsbegriffe zwar den Ausschluß bemackelter Personen oder die Beschränkung ihrer Einsetzbarkeit durch das bedingte Notherbrecht der Geschwister aufrecht erhalten, — allein sie wollte den Punkt, wer für bemackelt in diesem Sinne zu gelten habe, nicht durchschneiden und gesetzlich auf bindende Weise festsetzen, sondern daraus eine offene, nach dem Wechsel der

Zeitläufte und allgemeinen Weltansichten wandelbare Frage machen, sie als quaestio facti et non juris hinstellen, auf welche der fortschreitenden Umbildung üblicher Betrachtungsweisen der gebührende Einfluß nicht versagt, nicht unmöglich gemacht werden sollte.

3) Da nun in der Zwischenzeit in eben diesem Punkte eine weit mildere Beurtheilung allgemein vorherrschend wurde, da die gemeine Meinung aus vernünftigen Gründen sich änderte, an die Erzeugung außer der Ehe nicht mehr, wie früher, oder wenigstens in weit gelinderem entfernterem Maße einen Geburtsflecken heftet, da dieser veränderte Stand der Auffassungen unseres Zeitalters sogar durch öffentliche Erlasse, die Bestimmungen über Militärpflicht, Soldatenstand, Gewerbswesen, Staats- und Ehrenämter vielfach bekräftiget und gesetzlich constatirt, auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangen ist, so läßt sich auf dem Grunde jener hieher bezüglichen Stelle der Anmerkungen zum neueren Landrechte keineswegs die Behauptung durchführen, außereheliche Kinder müßten zu dem hier in Frage stehenden Endzwecke noch immer und fortan für bemackelte Personen gelten.

4) An einer vorhergehenden Stelle hat zwar das Landrecht selbst im Thl. I. Cap. 5, §. 9, No. 2 verordnet, die Wirkung der legitimatio per rescriptum principis sei, daß der Geburtsflecken dadurch getilgt werde. Allein aus dieser Stelle läßt sich nicht die Folgerung ziehen, in Kraft einer gesetzlichen Vorschrift sei jener Geburtsflecken festgestellt. Wenn er vielmehr, wie nicht zu bezweifeln, und auch die Anmerkungen zum Landrechte Thl. V. Cap. 29, §. 2, lit. c auf's neue entnehmen lassen, zu jener Zeit nur thatsächlich bestund und in der gemeinen Meinung vorherrschend war, so konnten und mußten die Gesetze hierin Anlaß finden, ein Mittel der Abhilfe und Rei-

„(welche sonst einen Mackel oder bösen Ruf haben) nit al-
„lein die . . . . sondern auch andere leichtfertige Personen,
„als Schalksnarren, Gauckler, aussereheliche Kinder
„ . . . . sollen gezählt werden."

Es ergab sich nun eine Verschiedenheit der Ansichten und Aussprüche darüber, ob nach Vorschrift des neuen Landrechtes und im Hinblicke auf die später erschienenen Gesetze und Verordnungen die unehelichen Kinder für bemackelte Personen zu halten und zu erklären seien, mit der Wirkung, daß, im Falle Jemand eine außerehelich geborne Person zum Erben einsetzt, seinen Geschwistern in Kraft der zuerst bemerkten Stelle des Landrechtes die Rechte der Notherben zustehen.

Diese Frage war aber zu verneinen. Denn

1) ein Text des Gesetzes, wodurch dergleichen Personen für befleckt erklärt wären, besteht nicht, vielmehr ist die Vorschrift des älteren Landrechtes aus dem Texte weggelassen, und in die Anmerkungen zum neuen verwiesen, überdieß mit der Abweichung, daß, während es dort geheißen hatte, „sie sollen zu den bemackelten Personen gezählt werden," die Anmerkungen zu dem neuen Landrechte nur sagen: „sie werden dahin gerechnet, womit auch das ältere Landrecht übereinstimmt."

2) Diese Abweichung von dem fest ausgeprägten Zustande des älteren Rechtes erklärt sich am natürlichsten in folgender Weise. Die Gesetzgebung von 1756 wollte im Festhalten an das gemeine Recht und eingewurzelte Rechtsbegriffe zwar den Ausschluß bemackelter Personen oder die Beschränkung ihrer Einsetzbarkeit durch das bedingte Notherbrecht der Geschwister aufrecht erhalten, — allein sie wollte den Punkt, wer für bemackelt in diesem Sinne zu gelten habe, nicht durchschneiden und gesetzlich auf bindende Weise festsetzen, sondern daraus eine offene, nach dem Wechsel der

Zeitläufte und allgemeinen Weltansichten wandelbare Frage machen, sie als quaestio facti et non juris hinstellen, auf welche der fortschreitenden Umbildung üblicher Betrachtungsweisen der gebührende Einfluß nicht versagt, nicht unmöglich gemacht werden sollte.

3) Da nun in der Zwischenzeit in eben diesem Punkte eine weit mildere Beurtheilung allgemein vorherrschend wurde, da die gemeine Meinung aus vernünftigen Gründen sich änderte, an die Erzeugung außer der Ehe nicht mehr, wie früher, oder wenigstens in weit gelinderem entfernterem Maße einen Geburtsflecken heftet, da dieser veränderte Stand der Auffassungen unseres Zeitalters sogar durch öffentliche Erlasse, die Bestimmungen über Militärpflicht, Soldatenstand, Gewerbswesen, Staats- und Ehrenämter vielfach bekräftiget und gesetzlich constatirt, auch in die neueren Gesetzgebungen übergegangen ist, so läßt sich auf dem Grunde jener hieher bezüglichen Stelle der Anmerkungen zum neueren Landrechte keineswegs die Behauptung durchführen, außereheliche Kinder müßten zu dem hier in Frage stehenden Endzwecke noch immer und fortan für bemackelte Personen gelten.

4) An einer vorhergehenden Stelle hat zwar das Landrecht selbst im Thl. I. Cap. 5, §. 9, No. 2 verordnet, die Wirkung der legitimatio per rescriptum principis sei, daß der Geburtsflecken dadurch getilgt werde. Allein aus dieser Stelle läßt sich nicht die Folgerung ziehen, in Kraft einer gesetzlichen Vorschrift sei jener Geburtsflecken festgestellt. Wenn er vielmehr, wie nicht zu bezweifeln, und auch die Anmerkungen zum Landrechte Thl. V. Cap. 29, §. 2, lit. c auf's neue entnehmen lassen, zu jener Zeit nur thatsächlich bestund und in der gemeinen Meinung vorherrschend war, so konnten und mußten die Gesetze hierin Anlaß finden, ein Mittel der Abhilfe und Rei-

nigung darzubieten, ohne jedoch umgekehrt den Schluß zu rechtfertigen, so lange dieses fortbestehe, sei dadurch von selbst auch jener als Voraussetzung angenommene Geburtsflecken festgestellt und zu einer Rechtsregel erhoben.

5) In anderen Beziehungen sind hiedurch die Ausnahms-Gesetze für außerehelich geborne Personen noch keineswegs für beseitiget oder erloschen erklärt. Nur insoweit eine gesetzliche Vorschrift sich um den alten Begriff von Anrüchigkeit drehte, und ein früheres dem Wechsel unterworfenes Vorurtheil auch die außereheliche Geburt in diesen Bereich zog, insoferne es daher im Sinne und Geiste der Gesetze selbst lag, die Beurtheilung der Gerichte in der Anwendung eines thatsächlichen Begriffes auf dasjenige hinzuweisen, was zeitgemäß sei, mußte hier eine Veränderung der Rechts-Zustände und Folgen seit dem Erscheinen des bayerischen Landrechtes von 1756 mit Sicherheit angenommen und daher die streitig gewordene Frage in der oben gegebenen Weise entschieden werden.

Vorstehender Plenarbeschluß wird nach Art. I. und IV. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Entscheidungen bei dem obersten Gerichtshofe betreffend, hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 30. Mai 1851.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg,
Präsident.

Schwertfelner, funkt. Secretär.

# LVII.

## Plenar-Beschluß

vom 23. Juni 1851,

den Gerichtsstand bei Einklagung der durch die Staatsschuldentilgungsgesetze vom 11. September 1825 und 28. Dez. 1831 auf die Pensionsamortisationscasse überwiesenen Pensionsforderungen betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 34, S. 772—781.)

---

„Pensionsforderungen, welche die Staatsschuldentilgungsgesetze vom 11. September 1825 und 28. Dezember 1831 im Falle ihres Richtigbefindens auf die Pensionsamortisationscasse überwiesen haben, sind aus dem Grunde dieser Ueberweisung allein nicht bei dem Gerichtsstande der k. Staatsschuldentilgungsanstalt einzuklagen.“

### Motive:

Das Gesetz vom 1. Juni 1822, die Staatsschuld betreffend, verordnet im §. IV., daß der Gerichtsstand der Staatsschuldentilgungsanstalt für die sechs älteren Kreise bei dem Appellationsgerichte des Isarkreises sei, welche Bestimmung in Folge des Gesetzes über das Staatsschuldenwesen vom 28. Dezember 1831 §. 2 nunmehr auch für den vormaligen Untermainkreis von Wirksamkeit ist.

Da nun durch §. 6 des Gesetzes vom 11. September 1825, das Staatsschuldenwesen betreffend, bei der Schuldentilgungscomission nebst der Hauptschuldentilgungs-Casse und abgesondert von derselben eine eigene Pensions-Amortisationscasse errichtet wurde, und sowohl dieses Gesetz, als das Schuldentilgungsgesetz vom 28. Dezember 1831 bestimmte Kategorien von Pensionen auf diese Casse zur Zahlung verwiesen haben, so entsteht die Frage, ob solche

Pensionsansprüche deßhalb, weil sie aus der bei der Schuldentilgungscommission errichteten Amortisationscasse im Falle ihrer Begründung nach Maßgabe jener Gesetze ihre Befriedigung erhalten, bei dem Gerichtsstande der Staatsschuldentilgungsanstalt klagbar geltend gemacht werden müssen, wenn ihnen im Administrativwege ganz oder zum Theile die Anerkennung versagt wird.

Diese Frage mußte aus folgenden Erwägungen verneinend entschieden werden.

1) Es ist bereits in den Motiven zum oberstrichterlichen Plenarbeschlusse vom 19. Dezember 1839 (Reg.-Bl. vom Jahre 1840 Seite 5 und folgende) erörtert, daß für die gegen den k. Fiscus zu erhebenden Personal-Klagen der generelle Gerichtsstand des Wohnsitzes wie in allen anderen Privatrechtsverhältnissen angenommen werden müsse, und daß sich die Anwendung dieser allgemein gesetzlichen Regel auf Klagen gegen den k. Fiscus darnach zu richten habe, welche Behörde hinsichtlich des betreffenden Anspruchs von der Staatsgewalt als Vertreter des Staatsinteresse aufgestellt ist.

2) Dieses in der Gerichtsordnung Cap. I. §§. 2 u. 3, sowie den Anmerkungen zu §. 2, lit. a, namentlich aber in Beziehung auf fiscalische Klagen in den Verordnungen vom 16. April 1817, die Errichtung eines Generalfiscalats betreffend, und vom 27. März 1817, die Formation der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend §. 88 gegründete Princip ist es, welches bei der Vorschrift des §. IV. des Schuldentilgungsgesetzes vom 1. Juni 1822 in Anwendung gebracht wurde, indem das Gesammtschuldenwesen des Königreichs nach den Verordnungen vom 20. August 1811, die Errichtung einer Schuldentilgungs-Commission betreffend, vom 17. November 1811, die Errichtung einer Schuldenliquidations-Commission be-

treffend, vom 15. April 1817, den Wirkungskreis der Staatsministerien betreffend §. 77, und vom 11. Dezember 1819, die Aufhebung der Staatsschuldenliquidations-Commissionen betreffend, in Verbindung mit dem Gesetze vom 22. Juli 1819 über das Staatsschuldenwesen des Reichs Art. I. u. XVI. einer centralisirten Behandlung unterworfen und sohin der k. Fiscus in Beziehung auf die Staatsschulden von solchen Stellen vertreten wurde, und noch repräsentirt wird, welche im Bezirke des Appellationsgerichts des ehemaligen Isarkreises ihren Sitz haben.

3) Dieser Grund für die Competenz des für die Staatsschuldentilgungsanstalt bestimmten Gerichtsstandes ist nun aber bei jenen Pensionsansprüchen, welche durch die oben allegirten Gesetze auf die Pensionsamortisations-Casse zur Zahlung verwiesen sind, nicht durchgreifend und allgemein anwendbar; denn es sind auf diese Casse auch solche Pensionen hingewiesen, deren Prüfung und Feststellung nicht durch die Staats-Schuldentilgungs-Commission unter der Leitung des k. Staatsministeriums der Finanzen, sondern durch andere, und namentlich auch durch Kreisfinanzstellen geschieht.

Schon in der Verordnung vom 27. März 1817, die Formation der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend §. 70, war den Finanzkammern der Kreisregierungen die Regulirung und Anweisung der Pensionen mit Ausnahme einzelner im §. 72 bezeichneter Kategorien übertragen, und durch §. 104 der späteren Formationsverordnung vom 17. Dezember 1825 wurde die Regulirung und Anweisung aller den einzelnen Kreisen angehörigen Pensionen den Regierungsfinanzkammern überwiesen.

Für solche Pensionen ist also die Staatsschuldentilgungsanstalt nicht diejenige Administrativstelle, welche

die geltend gemachten Ansprüche prüft, und ihnen die Anerkennung ertheilt oder versagt, sofort im Falle der Anerkennung auf die Amortisationscasse selbst anweiset, sondern sie ist in Beziehung auf diese Pensionen nur eine Cassabehörde, welche die ihr zum Behufe der Befriedigung derselben gesetzlich angewiesenen Fonds verwaltet, und hieraus Zahlung leistet.

Die Staatsschuldentilgungsanstalt ist hiernach bei solchen Pensionsansprüchen nicht die Trägerin des hiedurch berührten Staatsinteresses und die Vertreterin der moralischen Person des als beklagter Theil erscheinenden Fiscus, da sie bei der administrativen Behandlung in Beziehung auf die Richtigstellung und Anerkennung der fraglichen Pensionen weder thätig, noch betheiliget ist, und erst dann mit den Pensionsberechtigten in Berührung tritt, wenn sie die Anweisung zur Zahlung erhalten hat.

Ihr Wirkungskreis ist hinsichtlich der ihr anvertrauten Pensionsamortisationscasse ganz verschieden von jenen Functionen, welche ihr hinsichtlich der Staatsschuldentilgungscasse nach den Verordnungen vom 20. August 1811, sowie vom 11. Dezember 1819 und dem Schuldentilgungsgesetze vom 22. Juli 1819 zukommen; es kann also schon im Allgemeinen aus der Vorschrift des §. IV. des Schuldentilgungsgesetzes vom 1. Juni 1822 kein Schluß auf die richterliche Competenz bei solchen Forderungen gezogen werden, welche auf die von ihr ebenfalls verwaltete Pensions-Amortisationscasse verwiesen sind.

4) Der Umstand, daß für diese Pensionen durch das Gesetz vom 11. September 1825 §. 6 eine eigene Amortisationscasse mit besonders hiefür ausgeschiedenen Fonds errichtet, und diese der Staatsschuldentilgungs-Anstalt zugeordnet, auch unter die verfassungsmäßige Gewährleistung der Stände des Reichs und unter

die verfassungsmäßige Mitaufsicht der ständischen Commissarien gestellt wurde, kann die Anwendung des §. IV. des Gesetzes vom 1. Juni 1822 auf die in Frage stehenden Pensionsforderungen nicht rechtfertigen, weil jene Anordnungen des Gesetzes vom 11. September 1825 nur auf die Verwaltung und Verwendung der für die Befriedigung dieser Forderungen nach ihrer Ueberweisung an die Pensionsamortisationscasse bestimmten Fonds Bezug hat, während es sich bei Streitigkeiten über die Liquidität der Pensionen nicht von dieser Verwaltung und Verwendung der fraglichen Fonds, sondern davon handelt, ob die erhobenen Ansprüche, welche noch gar nicht an diese Casse verwiesen sind, gegründet seien oder nicht. Die administrative Untersuchung und Bescheidung dieser Vorfrage steht also mit dem Institute der Amortisationscasse, sowie mit den ihr übertragenen Geschäftsattributen in gar keinem Zusammenhange, weil die diese Casse verwaltende Schuldentilgungsanstalt sich mit der Prüfung und Richtigstellung der in Frage stehenden Pensionen nicht befaßt, sondern ihre Aufgabe ausschließend in der Eincassirung und Verwendung ihrer Einnahmen zur Zahlung der bereits von anderen Staats-Organen geprüften und anerkannten Pensionen besteht.

5) Für Staatsverpflichtungen des laufenden Dienstes sind nach der Verordnung vom 17. Dezember 1825 §§. 87 und 120 in Verbindung mit der Verordnung vom 27. November 1825 §§. 4 und 6 lediglich die betreffenden Finanzstellen als Vertreter des Staates bei den einschlägigen Gerichtsstellen aufgestellt; diese sind es also, welche für diese Verpflichtungen das fiscalische Rechtssubject repräsentiren, und daher in ihrer Eigenschaft als Beklagte bei jenen Gerichten belangt werden müssen, wo sie ihren Sitz haben, indem sie diejenigen Entschließungen erlassen, welche als

Rechtsverletzungen angefochten werden, und daher nach jenen Verordnungen den Staat zu vertreten haben.

Als Staatsverpflichtungen des laufenden Dienstes müssen aber unbezweifelt jene Pensionen angesehen werden, welche nicht in früheren Gesetzen als eigentliche Staatsschulden erklärt wurden, sondern sich im ganzen Umkreise des Staatsdiener-Organismus fortlaufend erneuern, und daher zu den Lasten jenes Dienstes gehören. Wenn nun auch die Staatsschuldentilgungsgesetze von 1825 und 1831 zur Befriedigung gewisser Pensionsclassen einen Centralfond gebildet, sohin die wirkliche Zahlung den für die Bedürfnisse des laufenden Dienstes bestimmten einzelnen Finanz-Cassen abgenommen haben, so liegt hierin nur eine Finanzoperation zur Erleichterung und Vereinfachung des Finanzdienstes und zur Entfernung unverhältnißmäßiger Belastung der einzelnen Cassen durch Hinweisung der Zahlung auf einen Centralfond; allein der Grund jenes Gesetzes reichte nicht so weit, das Wesen der Sache, nämlich die Eigenschaft dieser Pensionen als Lasten der verschiedenen Finanzzweige wohin sie ihrer Entstehung nach gehören, hiedurch zu ändern, und eine Ausnahme von der Vorschrift des §. 104 der Formationsverordnung vom 17. Dezember 1825 zu begründen, wornach den Regierungsfinanzkammern die Prüfung und Regulirung aller dahin einschlägigen Pensionen ohne Unterschied übertragen wurde.

Aus allen diesen Rücksichten kann der Umstand allein, daß sich eine Pensionsforderung im Falle ihrer Liquidität zur Anweisung auf die Pensionsamortisations-Casse eignet, die bei Klagen gegen den Staatsschulden-tilgungs-Fiscus gesetzlich ausgesprochene Competenz des Appellationsgerichts des ehemaligen Isar-, nun oberbayerischen Kreises für eine solche streitig gewor-

dene Pensionsforderung nicht begründen, sondern es ist hier die Klage bei jenem Gerichtsstande des k. Fiscus anzubringen, vor den die Sache, abgesehen von jener besonderen Ueberweisung gehören würde, nämlich in der Regel gegen die k. Kreisfiscalate und nur ausnahmsweise gegen das k. Staatsschulden-tilgungsfiscalat, wenn eine solche Pension in Frage steht, die schon früher für eine wahre Staatsschuld erklärt worden ist, oder gegen dasjenige Finanzfiscalat, welches nach besonderen Vorschriften und aus speciellen Gründen sein Forum bei dem k. Appellationsgerichte von Oberbayern hat.

Vorstehender in Gemäßheit des Art. I. des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, gefaßte Plenarbeschluß wird nach Art. IV. dieses Gesetzes hiemit öffentlich bekannt gemacht.

München, den 23. Juni 1851.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg,
Präsident.

Schwertfelner, funkt. Secretär.

# LVIII.

## Plenar-Beschluß

vom 14. November 1851,

die Auslegung des §. 53. No. 7 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 55, S. 1323—1326.)

„Die Bestimmung des §. 53, Nr. 7 des Prozeß-Gesetzes vom 17. November 1837 ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn der Ausspruch, daß sebstständige Berufung unzuläßig sei, von der zweiten Instanz ausgeht."

### Gründe:

Das Gesetz vom 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichts-Ordnung betreffend, hatte sich vorzugsweise zur Aufgabe gestellt, der allzulangen Dauer der Prozesse durch Entfernung aller unnöthigen Zwischenappellationen vorzubeugen, letztere aber dadurch entbehrlich zu machen, daß dem verletzten Theile die Rechtsverfolgung gegen beschwerende Dekrete und Zwischenbescheide bei der Appellation gegen das Haupturtheil vorbehalten bleibt.

v. Gönner Commentar zum angef. Ges. S. 258.

Dieser Zweck wäre vereitelt worden, wenn man die Cognition über die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit einer gesonderten Appellation dem höheren Richter überlassen und bis zu dessen Entscheidung den Fortgang des Prozesses unterbrochen hätte.

v. Gönner a. a. O. S. 365.

Darum hat der §. 24 des gedachten Gesetzes verordnet, daß in diesem Falle aber auch nur in diesem Falle dem Unterrichter (als Ausnahme von der sonstigen Regel des Devolutiveffectes) eine Cognition über die Zuläßigkeit

der Appellation und das Recht sowie die Pflicht zukommen sollte, Appellationen gegen einfache Dekrete oder Zwischenbescheide selbst abzuweisen.

Diese Bestimmung ging auch in das neuere Prozeß-Gesetz vom 17. November 1837 über, welches in §. 65 bestimmt:

„das Gericht muß bei denjenigen Appellationen, welche „der Bestimmung des §. 51 zuwider" (wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide) „ergriffen werden, den „Appellanten in einer motivirten Entschließung abweisen „und nach Lage des Prozesses weiter verfahren."

Es lag bereits in dem Geiste des Gesetzes vom 22. Juli 1819, daß der Unterrichter sich auch durch eine weitere Appellation des von ihm abgewiesenen Appellanten nicht irre machen lassen sollte;

v. Gönner a. d. O. S. 370.

um indessen zu verhindern, daß die Obergerichte nicht unmittelbar mit der Prüfung solcher Zurückweisungen von den Parteien befaßt würden, erfolgte in dem Landtagsabschiede vom 29. Dezember 1831 III. 8 e. (Gesetz-Blatt S. 87) die ausdrückliche Verordnung:

„Gegen abweisliche Beschlüsse der Untergerichte, welche „dieselben in Gemäßheit der Prozeß-Novelle vom 22. Juli „1819 §. 24 zu erlassen haben, findet eine Be„schwerde nicht statt; den Betheiligten steht es ledig„lich frei, sich dagegen nach §. 18 der angeführten „Novelle zu verwahren."

Diese Vorschrift wurde in das Prozeßgesetz vom 17. November 1837 mit den Worten aufgenommen:

„Gegen den Ausspruch der ersten Instanz, daß selbst„ständige Berufung unzuläßig sei, findet nur Ver„wahrung statt."

Deutlich ist hiemit ein derartiger Ausspruch selbst wieder ganz der Sache angemessen als ein bloßer Zwischenbescheid im Sinne des §. 51 des angeführten Gesetzes erklärt

und da es nach §. 53 Nr. 1 und 2 ebendaselbst keinen Unterschied macht, ob der Zwischenbescheid von einem Unter-Gericht oder von einem Obergericht (als erster oder als zweiter Instanz) ausging, so ist um so weniger ein Grund gegeben, die Anwendbarkeit der in Frage stehenden Vorschrift lediglich auf die abweisenden Beschlüsse der ersten Instanz zu beschränken, als der Oberrichter durch die Abweisung einer Berufung gegen ein einfaches Dekret oder einen Zwischenbescheid nur eine gesetzliche Obliegenheit des Untergerichtes erfüllt und damit von selbst an dessen Stelle tritt, und als da, wo eine Sache im gesetzlichen Gange nicht an die zweite Instanz hätte gebracht werden sollen, von einer Devolution an die dritte Instanz die Rede nicht seyn kann.

Hiedurch ist also auch jede Prüfung der höheren Instanz ausgeschlossen, ob die untere die §§. 51 und 52 jenes Gesetzes richtig angewendet habe oder nicht.

Vorstehender Plenar-Beschluß wird nach Vorschrift des Gesetzes vom 17. November 1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, Art. I. und IV. hiemit bekannt gemacht.

München, den 14. November 1851.

Ober-Appellationsgericht des Königreichs Bayern.

Freiherr v. Gumppenberg,
Präsident.

Schwertfelner, funkt. Secretär.

# Competenz-Conflikte

zwischen

## Gerichts- und Verwaltungsbehörden,

zwischen

## Gerichten in den Landestheilen diesseits des Rheins

und zwischen

## Gerichten der Landestheile diesseits des Rheins und Gerichten der Pfalz.

---

# III.

# Competenz-Conflikte

zwischen

Gerichts- und Verwaltungsbehörden,

zwischen

Gerichten in den Landestheilen diesseits des Rheins

und zwischen

Gerichten der Landestheile diesseits des Rheins und Gerichten der Pfalz.

---

## A.

## Auszug

aus dem Abschiede für den Landtag des Königreichs Bayern vom 25. Juli 1850.

(Ges.-Bl. v. 1850, Nr. 23, S. 225 ff.)

---

**Maximilian II.**

**von Gottes Gnaden König von Bayern, Pfalzgraf bei Rhein, Herzog von Bayern, Franken und in Schwaben etc. etc.**

Unseren Gruß zuvor, Liebe und Getreue!

Wir haben Uns bei dem nunmehr eingetretenen Schlusse des Landtages über die Uns übergebenen gemeinschaftlichen Beschlüsse der Kammer der Reichsräthe und der Kammer der Abgeordneten, sowie über deren Berathungen und Verhandlungen ausführlichen Vortrag erstatten lassen, und ertheilen hierauf, nach Vernehmung Unseres Gesammt-Staatsministeriums und Staatsraths, Unsere Königlichen Entschließungen, wie folgt:

### I. Abschnitt.

### Beschlüsse der Kammern über die Gesetzentwürfe und andere Vorlagen der Staats-Regierung.

### §. 17.

Competenz-Conflikte betreffend.

Wir haben dem Gesetzentwurfe, die Competenz-Conflikte betreffend, unter den von den beiden Kammern vorgeschlagenen Abänderungen am 28. Mai l. Js. Unsere Sanction ertheilt und das Gesetz hierüber unter dem 29. Mai d. Js. durch das Gesetzblatt (Stück 17.) bekannt machen lassen.

ꝛc. ꝛc.

---

## B.

# Gesetz

## vom 28. Mai 1850,

## Competenz-Conflikte betreffend.

(Ges.-Bl. v. 1850, Nr. 17, S. 161—174.)

---

**Maximilian II.**

**von Gottes Gnaden König von Bayern, Pfalzgraf bei Rhein, Herzog von Bayern, Franken und in Schwaben etc. etc.**

Wir haben in Ansehung der Competenzconflikte nach Vernehmung Unseres Staatsraths, mit Beirath und Zustimmung der Kammer der Reichsräthe und der Kammer der Abgeordneten beschlossen und verordnen, was folgt:

### I. Abschnitt.

### Von den Competenz-Conflikten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden.

**Art. 1.** Ueber Competenz-Conflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden wird bei dem obersten Gerichtshofe in einem Senate entschieden, welcher aus einem Vorstande und drei Räthen des obersten Gerichtshofes, dann aus drei höheren Verwaltungsbeamten zu bestehen hat.

Zu diesem Behufe wählt der oberste Gerichtshof in einer Plenarversammlung für Competenz-Conflikte sowohl in den Landestheilen diesseits des Rheins, als für jene in der Pfalz aus seiner Mitte je drei Räthe als Senatsmitglieder und je drei weitere als Stellvertreter in gesonderten Wahlhandlungen.

Der König bestimmt die drei Verwaltungsbeamten und für Verhinderungsfälle drei Stellvertreter.

Die Function der sämmtlichen Mitglieder des im ersten Absatze bezeichneten Senats dauert jedesmal drei Jahre.

**Art. 2.** Wenn einem Gerichte gegenüber in irgend einer Sache die Zuständigkeit von Seite der Verwaltung in Anspruch genommen wird (bejahender Competenz-Conflikt), so kann eine Entscheidung dieses Conflikts nur so lange beantragt werden, als nicht vom Gerichte entweder über die Zuständigkeitsfrage rechtskräftig entschieden, oder das in der Hauptsache erlassene Endurtheil rechtskräftig geworden ist.

**Art. 3.** Die Anregung eines bejahenden Competenz-Conflikts steht nur der Kreisregierung und den Centralverwaltungsstellen zu.

Wenn untere Verwaltungsbehörden die Anregung eines Competenz-Conflikts in einer zu ihrer Kenntniß kommenden Sache für erforderlich halten, so haben sie hievon der ihnen vorgesetzten Kreisregierung oder Zentralverwaltungsstelle Anzeige zu erstatten.

**Art. 4.** Wenn die Staatsanwälte wahrnehmen, daß sich das Gericht, bei welchem sie angestellt sind, mit einer zur Zuständigkeit der Verwaltung gehörigen Sache befaßt, so sind sie verpflichtet:

1) bei Gericht den schriftlichen Antrag zu stellen, daß die Sache vor die zuständige Verwaltungsbehörde verwiesen werden soll, und
2) falls diesem Antrage vom Gerichte nicht entsprochen wird, der treffenden Administrativstelle alsbald hievon Nachricht zu geben.

**Art. 5.** Die Verwaltungsstellen haben den Competenz-

Conflikt anzuregen, sobald sie auf was immer für eine Weise erfahren, daß sich ein Gericht mit einer zur Zuständigkeit der Verwaltung gehörigen Sache befaßt.

Zu diesem Behufe erklären sie dem Gerichte unter Anführung der Gründe, daß sie die Verhandlung und Entscheidung der Sache für die Verwaltung in Anspruch nehmen.

**Art. 6.** Das Eintreffen der im Art. 5 bezeichneten Erklärung bei dem Gerichte verpflichtet das letztere mit dem Verfahren in der Hauptsache bei Vermeidung der Nichtigkeit inne zu halten.

Die im Conflikte begriffenen Behörden können jedoch unter den allgemeinen gesetzlichen Bedingungen vorsorgliche Verfügungen erlassen.

**Art. 7.** Sogleich nach dem Eintreffen der im Art. 5 bezeichneten Erklärung verordnet das Gericht die Mittheilung einer Abschrift derselben an die Parteien.

Zugleich verfügt es die Hinterlegung der Akten in der Gerichtskanzlei.

Sowohl die Parteien als die Verwaltungsstelle können hierauf von den Akten Einsicht nehmen und binnen dreißig Tagen Denkschriften über die Frage der Zuständigkeit einreichen.

Nach Ablauf dieser Frist werden sämmtliche Akten an den Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe abgesendet.

**Art. 8.** Der vom Präsidenten ernannte Berichterstatter trägt in öffentlicher Sitzung mündlich vor.

Einzelne erhebliche Aktenstücke werden zur Erläuterung abgelesen.

Den Parteien ist gestattet, sich durch Anwälte vertreten zu lassen, und nachdem diese mit ihren Vorträgen gehört sind, stellt und begründet der Staatsanwalt seinen Antrag.

Zur Berathung und Abstimmung verfügt sich der Senat in das Berathungszimmer.

Bei der Abstimmung wird zuerst von dem jüngsten der anwesenden Räthe des obersten Gerichtshofes, dann von dem jüngsten der anwesenden Verwaltungsbeamten gestimmt, und

in dieser Art abwechslungsweise fortgefahren, von dem Vorstande aber die Stimme zuletzt abgegeben.

Das Erkenntniß wird mit den Entscheidungsgründen in öffentlicher Sitzung verkündet und im Regierungsblatte bekannt gemacht.

**Art. 9.** Ist die Verwaltung als zuständig erklärt worden, so hat das Gericht nur noch über die Kosten des vor der Anregung des Conflikts stattgehabten Streites zu erkennen.

**Art. 10.** Wenn Verwaltungs- und Gerichtsbehörden die Zuständigkeit in Ansehung des nämlichen Gegenstandes abgelehnt haben (verneinender Competenz-Conflikt), so steht die Anregung des Competenz-Conflikts den Parteien zu.

**Art. 11.** Die Partei regt den Conflikt an, indem sie ein mit Gründen versehenes Gesuch um Entscheidung über die Zuständigkeit an den obersten Gerichtshof stellt und dasselbe bei dem Gerichte erster Instanz, es mag solches die Zuständigkeit selbst abgelehnt oder das ablehnende Urtheil einer höhern Instanz den Parteien eröffnet haben, in dreifacher Ausfertigung übergibt.

**Art. 12.** Das Gericht setzt die Gegenpartei und die betreffende Verwaltungsstelle von der Anregung des Conflikte unter Mittheilung des Gesuches in Kenntniß.

Hinsichtlich des weiteren Verfahrens kommen die Vorschriften des Art. 7, Abs. 2—4 u. Art. 8 zur Anwendung.

**Art. 13.** In der Pfalz ist die im Art. 5 bezeichnete Erklärung und das im Art. 11 erwähnte Gesuch dem Staatsanwalte zu übergeben, welcher sofort bei Gericht die geeigneten Anträge zu stellen hat.

Die in den Art. 7 und 12 vorgeschriebenen Mittheilungen haben ebenfalls durch den Staatsanwalt zu geschehen.

## II. Abschnitt.

### Von den Competenz-Conflikten zwischen den Gerichten in den Landestheilen diesseits des Rheins.

**Art. 14.** Wenn die Zuständigkeit zwischen zwei oder mehreren Gerichten streitig ist, so entscheidet darüber das

den sämmtlichen streitenden Gerichten zunächst vorgesetzte Obergericht.

Fehlt ein gemeinsames Obergericht, so wird über die Zuständigkeit in einem oberstrichterlichen Senate entschieden, welcher im Falle eines Conflirtes zwischen Civil- und Militär-Gerichten aus einem Vorstande und drei Räthen des obersten Gerichtshofes, dann drei Mitgliedern des Generalauditoriats zusammengesetzt ist.

**Art. 15.** Untersuchungsrichter oder Gerichte, zwischen welchen sich ein Streit über ihre Zuständigkeit in Strafsachen ergibt, sind verpflichtet, dieses unter Vorlage der Akten unverzüglich dem Staatsanwalte des nach Art. 14 zur Entscheidung berufenen Gerichtshofes anzuzeigen.

Der bezeichnete Staasanwalt ist auch ohne eine solche Anzeige berechtigt und verpflichtet, die Vorlage der Akten zu veranlassen, sobald er auf was immer für eine Weise von dem Bestehen eines Streites über die Zuständigkeit verläßige Nachricht erhalten hat.

**Art. 16.** Sogleich bei dem Eintritte eines Streites über die Zuständigkeit haben sich die im Streite befangenen Richter oder Gerichte des weiteren Verfahrens in der Hauptsache zu enthalten.

Eine Ausnahme tritt ein hinsichtlich der zur Einleitung der Untersuchung und Erhebung des Thatbestandes nöthigen und insbesondere aller derjenigen Handlungen, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge haftet.

**Art. 17.** Der Staatsanwalt an dem zur Entscheidung des Conflirtes berufenen Gerichte veranlaßt weitere Erhebungen, wenn er solche für nothwendig erachtet.

Die Entscheidung über die Zuständigkeit wird in geheimer Sitzung auf mündlichen Vortrag des Berichterstatters nach Vorlesung der erheblichen Aktenstücke und nach Anhörung des Staatsanwaltes erlassen.

**Art. 18.** Wenn sich ein Streit zwischen den Gerichten über ihre Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtssachen ergibt,

so ist jede Partei berechtiget, bei dem durch Art. 14 bestimmten Gerichte auf Entscheidung anzutragen.

Der Antrag ist mit dem Nachweise zu versehen, daß die Zuständigkeit streitig ist.

**Art. 19.** Das Gericht hat den Antrag unverzüglich einer vorläufigen Prüfung zu unterziehen.

Findet es denselben erheblich, so verordnet es die Mittheilung an die übrigen in der Sache betheiligten Personen zur Abgabe ihrer Erklärung binnen einer angemessenen kurzen Frist.

Gleichzeitig werden die im Streite befangenen Gerichte zur Vorlage der Akten angewiesen.

**Art. 20.** Das zur Entscheidung über die Zuständigkeit berufene Gericht kann verordnen, daß mit dem Verfahren in der Hauptsache inne gehalten werde.

In Ansehung vorsorglicher Verfügungen findet die Bestimmung des Art. 6, Absatz 2 auch hier Anwendung.

**Art. 21.** Hinsichtlich der Entscheidung über die Zuständigkeit kommen die Bestimmungen des Art. 8, Absatz 1 bis 4 und Absatz 6 — mit Ausschluß der Bekanntmachung des Erkenntnisses im Regierungsblatte — zur Anwendung.

## III. Abschnitt.

### Von den Competenz-Conflikten zwischen Gerichten der Landestheile diesseits des Rheins und Gerichten der Pfalz.

**Art. 22.** Ueber Competenz-Conflikte zwischen Gerichten der Landestheile diesseits des Rheins und Gerichten der Pfalz wird bei dem obersten Gerichtshofe in einem Senate entschieden, welcher aus einem Vorstande und sechs Räthen des obersten Gerichtshofes, darunter drei Mitgliedern des Cassationshofes der Pfalz, zusammengesetzt ist.

Die Bestimmungen der Art. 15 bis 21 dieses Gesetzes kommen auch hier zur Anwendung.

### Schlußbestimmungen.

**Art. 23.** Gegen die in den Art. 8, 12, 17, 21 und 22 bezeichneten Entscheidungen findet kein Rechtsmittel statt.

**Art. 24.** Die Anregung der Competenz-Conflikte sowie die Verhandlung und Entscheidung darüber hat in den Landestheilen diesseits des Rheins stempel- und taxfrei zu geschehen. In der Pfalz sind die betreffenden Akte stempelfrei und unentgeltlich zu registriren, von den Redaktions- und Gerichts-Schreibereigebühren ist nur derjenige Theil zu erheben, welcher gesetzlich den Gerichtsschreibern gebührt.

**Art. 25.** Die den Staatsanwälten gemäß des gegenwärtigen Gesetzes zustehende Funktion wird bis zur vollständigen Einführung der Staatsanwaltschaft in den Landestheilen diesseits des Rheins den bezüglich der Strafrechtspflege bestellten Staatsanwälten übertragen.

**Art. 26.** Gegenwärtiges Gesetz tritt mit dem Tage seiner Verkündung durch das Gesetzblatt, beziehungsweise durch das Amtsblatt der Pfalz, für alle bis dahin noch nicht entschiedenen Competenz-Conflikte in Wirksamkeit.

Unser Staatsminister der Justiz ist mit dem Vollzuge des gegenwärtigen Gesetzes beauftragt.

Gegeben München, den 28. Mai 1850.

**Max.**

**von der Pfordten. v. Kleinschrod. Dr. v. Aschenbrenner. Dr. v. Ringelmann. v. Lüder. v. Zwehl.**

Nach dem Befehle Seiner Majestät des Königs: der geheime Sekretär des Staatsrathes, Rath **Seb. v. Kobell.**

Anm. Die Motiven zum Entwurfe dieses Gesetzes sind im I. Bande der Beilagen zu den Verhandlungen der Kammer der Reichs-Räthe von 1849. S. 94 ff. abgedruckt.

# C.

## Vollzugsverordnungen
## zu dem Gesetze v. 28. Mai 1850,
## die Competenz-Conflikte betreffend.

---

### I. Bekanntmachung
### vom 27. August 1850,
### die Behandlung der Competenz-Streitigkeiten zwischen Untersuchungsgerichten betr.

(Krs.-Int.-Bl. für die Oberpfalz u. von Regensburg v. 1850, S. 1935—1938.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern.**

Sämmtliche Untersuchungsgerichte des Appellationsgerichtsbezirkes werden von nachstehender Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 16., praes. 27. l. Mts. zur Darnachachtung in Kenntniß gesetzt.

Amberg, den 27. August 1850.

Königliches Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg.

v. Allweyer, Präsident.

Schieder, Sekretär.

Nr. 9023.

Auf den im unten bezeichneten Betreffe anher erstatteten Bericht ddo. 26., praes. 29. Juni dieses Jahres wird zur Entschließung eröffnet, daß man zum Vollzuge des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betr. (Gesetz-Blatt Stück 17.), angeordnet habe, daß

1) dasjenige Untersuchungsgericht, welches nach Art. 15, Abs. 1 des erwähnten Gesetzes den bestehenden Competenz-Conflikt zur Anzeige bringt, hievon gleichzeitig dem Untersuchungsgerichte, mit welchem es sich rücksichtlich der Zuständigkeit im Streite befindet, oder

falls es mehrere andere Gerichte seyn sollten, allen diesen Untersuchungsgerichten Mittheilung zu machen habe, worauf auch diese ohne Verzug die bei ihnen erwachsenen Akten dem nämlichen Staatsanwalte vorzulegen haben, an welchen das erstere die Akten eingesendet hat, und

2) daß die in Gemäßheit des Art. 25. loc. cit. einzusendenden Akten nicht bloß gehörig geordnet, sondern auch die betreffenden auf den Competenz-Conflikt Bezug habenden Stellen nöthigenfalls unter Beifügung einer kurzen Motivirung in dem Einsendungsschreiben speziell bezeichnet werden sollen.

München, den 16. August 1850.

Auf Seiner Majestät des Königs allerhöchsten Befehl.

(zeg.) v. **Kleinschrod.**

An den Staatsanwalt am k. Oberappellations-Gerichte.

Durch den Minister der General-Sekretär, statt dessen der geheime Sekretär Neumayr.

## II. Reglement

### vom 30. September 1850

### für den obersten Gerichtshof bezüglich der Behandlung der Competenz-Conflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungs-Behörden nach dem Gesetze vom 28. Mai 1850.

(Krs.-Int.-Bl. von Oberbayern 1850, S. 1950—1954.)

**§. 1.** Der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe, an welchen die Akten bei Competenz-Conflikten zwischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden einzusenden sind, (Art. 7, Abs. 4 des Gesetzes) hat die Entscheidung derselben vorzubereiten und alle hiezu erforderlichen Materialien zu sammeln, zu welchem Behufe derselbe sich an alle Gerichts- und Verwaltungsbehörden unmittelbar wenden kann.

Hält der Staatsanwalt die Akten zur Entscheidung reif, so gibt er dieselben mit einem kurzen, an das Präsidium gerichteten Antrage auf Einleitung des gesetzlichen Verfahrens in den Einlauf des obersten Gerichtshofes.

§. 2. Die Entscheidung erfolgt in dem nach Art. 1 des Gesetzes gebildeten Senate, in welchem die vom obersten Gerichtshofe gewählten Senatsmitglieder mit Rücksicht darauf einzutreten haben, ob die Gerichtsbehörde, deren Zuständigkeit in Frage ist, in den Landestheilen diesseits des Rheines, oder in der Pfalz sich befindet.

Die Stellvertreter werden nach der im Regierungs-Blatte ausgeschriebenen Reihenfolge berufen.

§. 3. Wenn der vom Präsidenten aus den Senatsmitgliedern ernannte Berichterstatter zum Vortrage vorbereitet ist, zeigt er es dem Präsidenten an, welcher nunmehr einen Tag zur öffentlichen Verhandlung festsetzt, und hievon dem betreffenden Staatsanwalte Nachricht gibt.

Dieser hat sogleich durch das Gericht (in der Pfalz durch den einschlägigen Staatsanwalt) die Parteien von dem zur Verhandlung anberaumten Tage mit dem Anhange, daß ihnen frei stehe, sich durch Anwälte dabei vertreten zu lassen, in Kenntniß zu setzen, und die Nachweise hierüber zu den Akten zu übergeben.

Die Senatsmitglieder werden zur öffentlichen Sitzung durch eine Currende eingeladen, welcher bei bejahenden Competenz-Conflikten eine lithographirte Abschrift der nach Art. 3 von der Verwaltungsstelle abgegebenen Erklärung, und bei verneinenden Competenz-Conflikten, eine solche Abschrift des nach Art. 11 von den Parteien übergebenen Gesuches beizufügen ist.

§. 4. Bei der öffentlichen Sitzung, welche vorher durch Anschlag an der Gerichtstafel kundzugeben ist, sind außer dem Vorstande und den sechs Senatsmitgliedern, dann dem Staatsanwalte, ein Sekretär und ein Gerichtsbote anwesend.

Der Vorstand, die Senatsmitglieder, der Staatsanwalt und der Sekretär sowie die Parteianwälte erscheinen in schwarzer Kleidung.

Die Senatsmitglieder nehmen ihre Plätze nach der im Art. 8, Abs. 5 des Gesetzes für die Abstimmung vorgeschriebenen Reihenfolge.

Der Berichterstatter trägt mündlich vor und verliest einzelne erhebliche Aktenstücke, worauf, wenn für die Parteien Anwälte erschienen sind, diese mit ihren Vorträgen gehört werden.

Sodann stellt und begründet der Staatsanwalt seinen Antrag, welchen er am Schlusse seines mündlichen Vortrages zur Aufnahme in das Protokoll schriftlich, jedoch ohne Motivirung, zu übergeben hat.

Hierauf erklärt der Senatsvorstand, wenn keine weiteren Aufklärungen nöthig scheinen, die Verhandlung für geschlossen. (Art. 8, Abs. 2 und 3.)

Ueber die Vorgänge in der Sitzung ist ein Protokoll aufzunehmen, welches namentlich alle gestellten Anträge enthalten muß, und dem am Schlusse auch der Tenor des erlassenen Erkenntnisses beigefügt wird.

Dieses Protokoll ist von dem Senatsvorstande und dem Sekretär zu unterzeichnen.

§. 5. Nach dem Schlusse der Verhandlung begibt sich der Senat in das Berathungszimmer, (Art. 8, Abs. 4) wo derselbe vor Allem bezüglich seiner Competenz zu prüfen hat:

1) ob wirklich ein Competenz-Conflikt gegeben sei, und
2) ob nicht in dem Falle eines bejahenden Conflikts von dem Gerichte entweder über die Zuständigkeitsfrage rechtskräftig entschieden, oder das in der Hauptsache erlassene Endurtheil rechtskräftig geworden sei. (Art. 2.)

Liegt ein Competenz-Conflikt nicht vor (Ziff. 1), so spricht der Senat seine Unzuständigkeit aus.

Ist eine der unter Ziffer 2 erwähnten Voraussetzungen vorhanden, so ist der Antrag der Verwaltungsstelle, ihr die

Verhandlung und Entscheidung der Sache zu überlassen, als unzulässig abzuweisen.

§. 6. Erachtet der Senat bezüglich des angeregten Competenz-Conflictes die Akten noch nicht spruchreif, so verordnet er die nöthigen Erhebungen, und vertagt unter Kundgabe des desfallsigen Beschlusses in öffentlicher Sitzung die Verhandlung und Entscheidung der Sache.

Die Akten gehen sodann mit dem Ersetzungsbeschlusse an den Staatsanwalt zurück, welcher die angeordneten Erhebungen bewirken, die Resultate auf der Kanzlei des betreffenden Gerichtes hinterlegen, und den Parteien sowie der Verwaltungsstelle hievon Nachricht geben läßt, welchen unter Vorsetzung einer kurzen Frist, die Einreichung eines Nachtrages zu ihren Denkschriften zu gestatten ist.

Sind die gehörig ergänzten Akten bei dem Staatsanwalte am obersten Gerichtshofe wieder eingelaufen, so gibt er dieselben mit der Anzeige an das Präsidium, daß die angeordneten Ersetzungen vollzogen seien, neuerlich in den Einlauf des obersten Gerichtshofes.

Das weitere Verfahren richtet sich nach §. 3 und 4.

§. 7. Hält der Senat die Verhandlungen bezüglich der Competenzfrage für spruchreif, so ist hierüber zur Berathung und Abstimmung zu schreiten, wobei sich nach der im Art. 8, Abs. 5 gegebenen Vorschrift zu richten ist.

§. 8. Das Erkenntniß wird im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern vom obersten Gerichtshofe erlassen. In demselben sind die Namen des Vorstandes und der Mitglieder des Senats, sowie des Staats-Anwaltes und des Sekretärs anzuführen.

In den Entscheidungsgründen ist nach Vorausschickung eines kurzen Sachverhaltes und der Erwähnung, daß der ernannte Berichterstatter und die für die Parteien erschienenen Anwälte mit ihren Vorträgen und der Staatsanwalt mit seinem Antrage gehört wurden, sogleich zur rechtlichen Beurtheilung überzugehen.

§. 9. Das Erkenntniß wird nebst Entscheidungsgründen von dem Senatsvorstande in öffentlicher Sitzung verkündet, (Art. 8, Abs. 6) und die Reinschrift desselben, welche der Senatsvorstand und der Sekretär zu unterzeichnen haben, wird in ein besonderes hiefür anzulegendes Urtheilsbuch eingeheftet.

Die Akten selbst aber gehen mit zwei von dem Sekretäre beglaubigten Abschriften des Erkenntnisses an den Staats-Anwalt zurück, welcher die Akten mit der einen Erkenntniß-Abschrift an das betreffende Gericht (in der Pfalz an den Staatsanwalt) mit der Weisung zurückschickt, die einschlägige Verwaltungsstelle, sowie die Parteien von der ergangenen Entscheidung in Kenntniß zu setzen.

Die zweite Abschrift des Erkenntnisses wird von dem Staatsanwalte an das kgl. Staatsministerium der Justiz zur Bekanntmachung im Reg.-Blatte vorgelegt. (Art. 8, Abs. 6.)

München, den 30. September 1850.

## III. Bekanntmachung
### vom 12. Oktober 1850,
### den Vollzug des Gesetzes über die Competenz-Conflikte v. 28. Mai 1850 ꝛc. betr.

(Krs.-Int.-Bl. von Oberbayern 1850, S. 1889.)

Vermöge höchster Entschließung des k. Staatsministeriums der Justiz vom 30. v. Mts., den Vollzug des Gesetzes über die Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850, hier das Geschäfts-Reglement für den obersten Gerichtshof betreffend, wird hiemit zur allgemeinen Kenntniß gebracht,

„daß die Parteianwälte bei den öffentlichen Sitzungen des zur Entscheidung der Competenz-Conflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden berufenen oberstrichterlichen Senates in schwarzer Kleidung zu erscheinen haben.“

München, den 12. Oktober 1850.

Präsidium des kgl. Ober-Appellationsgerichts.

Freiherr v. Gumppenberg.

## IV. Bekanntmachung
vom 6. November 1850,
den Vollzug des Gesetzes vom 28. Mai 1850 über die Competenz-Conflikte betr.

(Krs.-Int.-Bl. von Oberbayern 1850, S. 2011 u. 2012.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern.**

Nach dem Reglement für den obersten Gerichtshof bezüglich der Behandlung der Competenz-Conflikte hat der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe, an welchen die Akten bei Competenz-Conflikten einzusenden sind (Art. 7, Abs. 4 des Gesetzes), die Entscheidung derselben vorzubereiten, und alle hiezu erforderlichen Materialien zu sammeln, zu welchem Behufe derselbe sich an alle Gerichts- und Verwaltungs-Behörden unmittelbar wenden kann.

Da nun aber nach demselben Gesetze die Parteien, also bei Betheiligung des Aerars das Regierungs-Fiskalat, Denkschriften einreichen können, so darf, um einerseits Divergenzen der verschiedenen Verwaltungs-Organe in ihren Erklärungen zu vermeiden, anderseits in Rücksicht auf die Wichtigkeit der erfolgenden Entscheidung für den Verwaltungsdienst die von einem äußern Verwaltungs-Organe an den Staats-Anwalt abzugebende Aeußerung der unterfertigten Stelle nicht unbekannt bleiben. —

Das k. Rentamt erhält daher die Weisung, jede derartige Requisition des Staatsanwaltes sammt Entwurf der beabsichteten Antwort mit den betreffenden Vorakten und einem umständlichen Aufklärungsbericht vor der Exhibition der beabsichtigten Antwort unverzüglich zur Einsicht anher einzusenden.

München, den 6. November 1850.

Kgl. Regierung v. Oberbayern, K. d. Finanzen.

v. Benning, Präsident.

v. Aschenbrier, Direktor.

Heydolph, Sekr.

## V. Bekanntmachung
### vom 2. Juli 1853,
### die Besetzung des Senates zur Entscheidung der Competenz-Conflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 30, S. 833 — 837).

In Vollziehung des Gesetzes vom 28. Mai 1850 Art. I. wird unter Bezugnahme auf das Ausschreiben des Staatsministeriums der Justiz vom 25. Juni 1850*), Regierungs-Blatt S. 604 — 606, bekannt gemacht:

---

*) Bekanntmachung
vom 25. Juni 1850,
den Vollzug des Gesetzes vom 28. Mai 1850 über die Competenz-Conflikte betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1850, Nr. 37, S. 604 — 606.)

In Vollziehung des Gesetzes vom 28. Mai l. J. über die Competenz-Conflikte (Art. 1.) wird bekannt gemacht:

I.

Seine Majestät der König haben geruht, durch allerhöchste Entschließung vom 19. ds. Mts. die nachstehend genannten höheren Verwaltungsbeamten auf die Dauer von drei Jahren in den zur Entscheidung der Competenz-Conflicte zwischen Gerichts- und Verwaltungs-Behörden bestimmten Senat des obersten Gerichtshofes zu berufen:

Als ständige Senatsmitglieder:

1) den Ministerialrath im Staatsministerium des königlichen Hauses und des Aeußern, Daniel Gustav von Bezold;
2) den Ministerialrath im Staatsministerium des Innern Heinrich von Schubert;
3) den Ministerialrath im Staatsministerium des Finanzen, Karl Burkart;

Als Stellvertreter für Verhinderungsfälle:

1) den Ministerialrath im Staatsministerium der Finanzen Karl August von Friederich;
2) den Ministerialrath im Staatsministerium des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten, August Friedrich Hänlein;
3) den Ministerialrath im Staatsministerium des Handels- und der öffentlichen Arbeiten, Benno Heinrich Pfeufer.

I.

Seine Majestät der König haben geruht, den nachbenannten höheren Verwaltungsbeamten

1) Geheimerath Daniel Gustav von Bezold, Ministerialrath im Staatsministerium des königlichen Hauses und des Aeußern,

2) Heinrich von Schubert, Ministerialrath im Staatsministerium des Innern,

3) Karl August von Friederich, Ministerialrath im Staatsministerium der Finanzen,

die bisher von denselben bekleidete Function ständiger Mit-

---

II.

Der Oberste Gerichtshof hat bei der am 7. ds. Mts. stattgehabten Plenarversammlung die nachbenannten königl. Oberappellationgerichts-Räthe auf die Dauer von drei Jahren zu Mitgliedern des oben bezeichneten Senates gewählt:

A. Für Competenz-Conflikte in den Landestheilen diesseits des Rheins.

Als ständige Senatsmitglieder die Räthe:

1) Ignaz Eisenhart;
2) Ferdinand Schwertfelner,
3) Dr. Conrad Cucumus.

Als Stellvertreter für Verhinderungsfälle die Räthe:

1) Joseph Herrschmann,
2) Dr. Johann Jakob Lauk,
3) Georg Friedrich Schauer.

B. Für Competenz-Conflikte in der Pfalz.

Als ständige Senatsmitglieder die Räthe:

1) Ludwig Philipp Ruppenthal,
2) August Petersen;
3) Friedrich Daniel Piris.

Als Stellvertreter für Verhinderungsfälle die Räthe:

1) Franz Xaver Dettenhofer,
2) Stephan Rinecker,
3) Carl Schrauth.

München, den 25. Juni 1850.

Königliches Staatsministerium der Justiz.

von Kleinschrod.

glieder des zur Entscheidung der Competenz-Conflicte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden bestimmten Senats des obersten Gerichtshofes, und ebenso den Ministerialräthen

4) Benno Heinrich Pfeufer im Staatsministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten,

5) Georg von Sperl im Staatsministerium der Finanzen, und

6) Nikolaus Koch im Staatsministerium des Innern, die dermal von ihnen bekleidete Function stellvertretender Mitglieder des genannten Senates auf weitere drei Jahre, vom 25. Juni laufenden Jahres an gerechnet, zu übertragen.

II.

Der oberste Gerichtshof hat bei der am 23. Mai stattgehabten Plenarversammlung die nachbenannten kgl. Oberappallationsgerichtsräthe auf die Dauer von weiteren 3 Jahren zu Mitgliedern dieses Senates gewählt:

A. für Competenz-Conflikte in den Landestheilen diesseits des Rheines.

a) als ständige Senatsmitglieder die Räthe:

1) Ignaz Eisenhart,

2) Ferdinand Schwertfelner und

3) Dr. Konrad Cucumus;

b) als Stellvertreter für Verhinderungsfälle die Räthe:

1) Joseph Herrschmann,

2) Dr. Johann Jakob Lauk,

3) Clemens Steyrer.

B. für Competenz-Conflikte in der Pfalz

a) als ständige Senatsmitglieder die Räthe:

1) Ludwig Phil. Ruppenthal,

2) Stephan Rinecker,

3) Friedrich Daniel Piris,

b) als Stellvertreter für Verhinderungsfälle die Räthe:
1) Franz Xav. Dettenhofer,
2) Karl Schrauth,
3) Rudolph Metz.

München, den 2. Juli 1853.

Staatsministerium der Justiz.

v. Kleinschrod.

---

# D.
# Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes.

---

## I.
## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofes des Königreichs vom 22. März 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung und dem k. Appellations-Gericht von Oberfranken in Sachen der Bürger Ernst Müller und Consorten zu Culmbach gegen die Gebrüder Christenn wegen Zehentfixation.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 28, S. 613 — 620.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung und dem k. Appellationsgerichte von Oberfranken in Sachen der Bürger Ernst Müller und Consorten zu Culmbach gegen die Gebrüder Christenn wegen Zehntfixation:

„daß die k. Regierung von Oberfranken competent sei, die Beschwerde der Zehentpflichtigen gegen die Entschließung des k. Landgerichtes Culmbach vom 1. September 1849 zu entscheiden.“

## Gründe:

Zum Behufe der Fixation eines den Christenn'schen Relicten zu Culmbach auf der Markung daselbst zustehenden Zehents waren die Interessenten im Laufe des bei dem Landgerichte Culmbach eingeleiteten Verfahrens am 27. Juli 1849 übereingekommen, den Zehentvertrag vorschriftmäßig durch Schätzung erheben zu lassen.

Die Ernennung der Sachverständigen war bereits erfolgt, als die Zehentberechtigten am 6. August anzeigten, daß sie vorerst das Flächenmaß der zehentbaren Grundstücke durch eine geometrische Vermessung auf ihre Kosten feststellen wollten.

Die Zehentholden protestirten hiegegen und wollen ihre Lehenbriefe und Zehentbeschreibungen zum Grund gelegt wissen.

Durch Beschluß vom 1. September 1849 gab jedoch das k. Landgericht der Vermessung statt, und auf die gegen denselben von den Zehentholden ergriffene Berufung an die k. Regierung von Oberfranken übergab diese dem eventuellen Antrage der Recurrenten gemäß die Akten mit Communikat vom 16. Jänner 1850 an das k. Appellationsgericht von Oberfranken mit dem Bemerken, daß mit Hinsicht auf Art. 11 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, und weil das k. Landgericht zufolge Berichts vom 4. Jänner 1850 den Beschluß vom 1. September als Justizbehörde erlassen habe, ihre Competenz nicht begründet erscheine.

Aber auch vom k. Appellationsgerichte von Oberfranken wurde durch Erkenntniß vom 12. Juni 1850 die Berufung wegen mangelnder Competenz abgewiesen.

Der Entscheidungsgrund besteht darin, daß, wie auch in einem Ministerialrescripte vom 5. Mai 1850 erläutert werde, die Zuständigkeit der Gerichte in Fixationssachen nur exceptionell und auf die Fälle in Art. 21. Nr. 3, 4, 5, dann Art. 20 des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 beschränkt, die vorliegende Frage aber darunter nicht begriffen sei.

Mit Eingabe vom $\frac{\text{26. Juni}}{\text{2. Juli}}$ 1850 wurde hierauf von den Zehentholden der Competenz-Conflikt angeregt.

Sie halten gemäß Art. 19 des Ablösungsgesetzes von 1848 die Competenz der k. Regierung für begründet.

Die k. Regierung von Oberfranken hat laut Erklärung vom 15. Dezember 1850 auf die Uebergabe einer Denkschrift verzichtet, mit dem Bemerken, daß das Ministerial-Rescript vom 5. Mai 1850 bei ihrer Beschlußfassung am 16. Jänner 1850 noch nicht vorgelegen sei, und sie sich auch nicht befugt erachtet habe, die vom Landgerichte als Justizbehörde ausgegangene Entschließung abzuändern oder aufzuheben.

Die Zehentberechtigten dagegen reichten inner der 30tägigen Frist am 20. Dezember 1850 eine Denkschrift ein.

Sie führen für die Competenz des kgl. Appellationsgerichts im Wesentlichen an:

a) Gemäß Nr. 3 Art. 11 des Ablösungsgesetzes seien Einwendungen gegen die Richtigkeit der Rechnungen der richterlichen Beurtheilung überwiesen, und gemäß Nr. 4 Absatz 3 gehe die Berufung gegen die Entscheidung der Schätzer an das Appellationsgericht.

Daraus aber folge, daß den Gerichten auch zustehen müsse, die Vorfrage zu entscheiden, ob Vermeßung der Grundstücke einzutreten habe, oder ob auch ohne solche der Flächeninhalt, dessen Kenntniß zur Beurtheilung der Richtigkeit entweder der Rechnungen oder der Schätzung doch immer erfordert wird, außer Zweifel gesetzt werden könne;

b) der Art. 20. des Ablösungsgesetzes verweise den Streit über den Umfang der zu fixirenden Reichnisse sogar ausdrücklich auf den Rechtsweg;

c) durch das angebliche Ministerialrescript vom 5. Mai 1850 habe eine authentische Interpretation der fraglichen Bestimmungen des Ablösungsgesetzes nicht aufgestellt werden können.

Nachdem die Sache, für welche die Verhandlung auf den 18. dieß angesetzt war, an diesem Tage aber nicht mehr

statthaben konnte, in heutiger Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath, Dr. Cucumus, Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der funktionirende Staatsanwalt das Wort nahm und nach näherer Beleuchtung der Sache den Antrag stellte auszusprechen:

„daß die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, zuständig sei, über die Berufung resp. Richtigkeits-Beschwerde des Müller, Gummi, Pertsch und Consorten vom 20. September 1849 zu erkennen."

Bei der Prüfung der vorgebrachten Gründe ergab sich Folgendes:

1) Der Art. 19 des Ablösungsgesetzes bestimmt, daß die Fixirung der Grundlasten von den Distriktspolizei-Behörden in Gemeinschaft mit den k. Rentämtern in summarischem Verfahren vollzogen wird, um daß die Berufung gegen deren Beschlüsse an die k. Regierungen, Kammer des Innern, stattfindet.

   Diesem gemäß bildet die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden die Regel, wenn bei der Instruktion in Sachen der Fixirung Anordnungen zur Beseitigung von Differenzpunkten nöthig werden.

2) Die richterliche Thätigkeit hat sohin nur in den Fällen einzutreten, für welche sie ausdrücklich vorbehalten wurde.

   Diese sind aber im Art. 11 Nr. 3 und 4 beschränkt:

   a) auf Entscheidung der von den Pflichtigen gegen die Richtigkeit der Rechnungen erhobenen Einwendungen;

   b) auf die Ernennung des fünften Sachverständigen bei der Bestellung der Sachverständigen wenn zur Schätzung geschritten werden muß;

   c) auf die Entscheidung der gegen den Ausspruch der Schätzer gestatteten Berufung.

3) Dieses zwischen dem Art. 19 und 11 Nr. 3 und 4 bestehende Verhältniß von Regel und Ausnahme würde

geradezu umgekehrt, wenn den Schlußfolgerungen statt-gegeben würde, mittelst welcher in der Denkschrift der Zehentberechtigten vorliegend die Competenz des Gerichtes begründet werden soll.

Allerdings kann in Folge der Berufung gegen den Ausspruch der Schätzer richterlich unter anderm auch zu würdigen seyn, ob dieselben den Umfang der zehentbaren Grundstücke gekannt haben.

Allein die Herstellung der Prämissen, auf welchen die Schätzung zu beruhen hat, ist den Gerichten nicht übertragen; sie haben daher auch nicht festzustellen, auf welchem Wege den Schätzern die Kenntniß der Thatumstände verschafft werden soll, durch welche der richtige innere Zusammenhang ihrer Entscheidung bedingt wird. Anordnungen in dieser Beziehung fallen vielmehr lediglich unter den Art. 19 des Ablösungsgesetzes.

4) Der Art. 20 endlich spricht bloß von streitigen Rechtsverhältnissen, und in dieser Beziehung vom Umfange der zu fixirenden Reichnisse.

Die Frage, ob eine Grundlast, und in welchem rechtlichen Umfange besteht, kann im Falle des Wiederspruchs nur auf dem Rechtsweg ihre Erledigung finden. Sie ist präjudiziell für das Fixationsverfahren, indem dieses nicht eintreten kann, wenn das Bestehen des Rechts nicht zugestanden, oder nicht durch richterliches Urtheil begründet ist. Die Folgerungen sind daher ganz unstatthaft, welche die Zehentberechtigten in ihrer Denkschrift aus dem Art. 20 für das Fixirungsverfahren selbst ableiten wollen.

Wenn übrigens auch das k. Landgericht Culmbach zufolge seines Berichtes an die k. Regierung von Oberfranken dd. 4. Jänner 1850 die Entschließung vom 1. September 1849 in seiner Eigenschaft als Justizbehörde erlassen hat, so ist dieß irrelevant, weil von Rechtskraft hier nicht die Rede seyn kann.

Es war daher nach dem Antrage der Zehentholden und der Staatsbehörde zu erkennen.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 22. März 1851, wobei zugegen waren: der I. Präsident, Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichts-Rath Eisenhart, Ministerialrath von Schubert, Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Burkart, Oberappellationsgerichtsrath Cucumus, der funktionirende Staatsanwalt, Oberappellationsgerichtsrath Dall'Armi und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterzeichnet sind:

**Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident.**

**Paulus, Sekretär.**

---

## II.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofes des Königreichs, vom 22. März 1851, in Sachen des Magistrates der Stadt Dinkelsbühl gegen den vormaligen Bürgermeister der Stadt Dinkelsbühl, August Raab, in München, wegen Pensionsansprüchen, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Mittelfranken und dem k. Kreis- und Stadtgericht München betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 28, S. 620 — 634.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Magistrates der Stadt Dinkelsbühl gegen den vormaligen Bürgermeister der Stadt Dinkelsbühl, August Raab, in München, wegen Pensionsansprüchen, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Mittelfranken und dem k. Kreis- und Stadtgerichte München betreffend, zu Recht:

„daß die königl. Regierung von Mittelfranken zuständig sei, den vom k. Staatsministerium des Innern unterm 10. Dezember 1844 und 22. Juli 1845 ergangenen Entschließungen, wodurch dem vormaligen Bürgermeister der Stadt Dinkelsbühl, August Raab, eine Pension zu jährlichen achthundert Gulden auf die Kämmereikasse der Stadt Dinkelsbühl ausgesetzt und angewiesen worden ist, insolange den Vollzug zu sichern, als nicht in der vom Stadtmagistrate Dinkelsbühl gegen genannten Raab wegen der Pensions-Ansprüche des letzteren, unterm 7. März 1846 beim k. Kreis- und Stadtgerichte München anhängig gemachten Klagsache ersterer von der Verbindlichkeit fraglicher Pensionsreichniß rechtskräftig freigesprochen ist."

**Gründe:**

Das k. Staatsministerium des Innern hat durch Entschließungen vom 10. Dezember 1844 und 22. Juli 1845 zufolge der von dem damaligen Bürgermeister der Stadt Dinkelsbühl, August Raab, gestellten Gesuche um Pensionsanweisung ausgesprochen, daß dem genannten Raab, welcher die Bürgermeisterstelle der Stadt Dinkelsbühl, mit der ein jährlicher Geldgehalt von 1000 fl. verbunden war, seit dem Jahre 1828 bekleidet hatte, eine lebenslängliche Pension mit jährlichen 800 fl. von der Stadtgemeinde Dinkelsbühl vom Tage seines Dienstaustrittes an zu verreichen sei, und in letzterwähnter Entschließung unter Anführung der diesem Ausspruche zu Grunde liegenden Motive zugleich der k. Regierung von Mittelfranken den Auftrag ertheilt, dafür Sorge zu tragen, daß dem Raab, vom Augenblicke des Dienstaustrittes an, die ihm gebührende Pension von 800 fl. des Jahres unverkürzt verabfolgt werde, was genannte Regierung dem Magistrate der Stadt Dinkelsbühl laut Entschließung vom 31. Juli 1845 mit dem Beisatze eröffnete, daß besagte Pension in der Kämmereikasserechnung geeignet in Ausgabe zu stellen sei.

Die Stadtgemeinde Dinkelsbühl ist jedoch der Ansicht, daß ihr keine rechtliche Verbindlichkeit zur Pensionszahlung an Raab obliege, und da ihre Gesuche um Zurücknahme der oben erwähnten Verfügungen fruchtlos waren, so hat sie zwar vom 1. Oktober 1845 an, wo Bürgermeister Raab außer Activität trat, die Pensionszahlungen an Raab unter Protestation gegen die Rechtmäßigkeit seiner Ansprüche bis 10. April 1848 geleistet, jedoch späterhin die Zahlung sistirt.

Die Stadtgemeinde Dinkelsbühl hatte nämlich beschlossen, den Rechtsweg gegen Raab zu betreten, und stellte durch ihren Magistrat, nachdem sie hiezu von der k. Regierung von Mittelfranken unterm 8. Februar 1846 den Streitconsens erhalten hatte, gegen August Raab, welcher inzwischen seinen Aufenthalt in München genommen hatte, unterm 7. März 1846 beim k. Kreis- und Stadtgerichte München Klage, worin sie auszuführen suchte, daß Raab, da ihm die Eigenschaft eines rechtskundigen Bürgermeisters gemangelt habe, nach beendigter Funktion eine Besoldung und resp. Pension zu fordern, nicht berechtiget sei und den Antrag stellte, richterlich auszusprechen, daß August Raab ein Recht, Pensionsansprüche an die Kämmereikasse der Stadt Dinkelsbühl zu erheben, nicht habe.

Ueber diese Klage wurde verhandelt, und ist in diesem Rechtsstreite auch bereits die Zuständigkeit der Civilgerichte rechtskräftig ausgesprochen; ein rechtskräftiges Enderkenntniß aber noch nicht erlassen.

Mit Bezugnahme auf vorerwähnte Klagesache hat inzwischen die Stadtgemeinde Dinkelsbühl bei den vorgesetzten Administrativstellen wiederholte Gesuche dahin gestellt, die Sistirung der Pensionszahlung an Raab insolange gestatten zu wollen, bis nicht ein gegen sie sprechendes Erkenntniß erfolgt sei, und da diese Gesuche abschlägig verbeschieden worden sind, beschlossen der Magistrat und die Gemeindebevollmächtigten unterm 10. April 1848, sich mit neuerlichen Gesuchen an die allerhöchste Stelle zu wenden, insolange

aber, bis hierauf Entschließung erfolgt sei, die Ausbezahlung der Pension an Raab zu sistiren, und es ist auch von diesem Zeitpunkte an dem Raab die Ausbezahlung der treffenden Pensionsraten verweigert worden. Das k. Staatsministerium hat zwar auch dieses erneuerte Gesuch laut Rescript vom 12. Juli 1848 abschlägig verbeschieden, und durch Entschließung der k. Regierung von Mittelfranken vom 7. August 1848 ist sonach der Magistrat der Stadt Dinkelsbühl unter Mittheilung einer Abschrift des vorerwähnten Ministerialrescriptes beauftragt worden, die seit April 1848 verfallenen Pensionsraten ohne Verzug an Raab zu bezahlen, außerdessen mit Zwangsmaßregeln bezahlt werden müßte. Die Vertreter der Stadtgemeinde Dinkelsbühl verharrten aber darauf, daß keine Ausbezahlung vor sich gehen soll, bis auf jene Vorstellung, welche sie neuerdings bei der allerhöchsten Stelle einzureichen beschlossen hatten, weitere Entschließung erfolgt sei. Auf ihre dießfalls an die k. Regierung von Mittelfranken erstattete Anzeige erwiederte diese dem Magistrate der Stadt Dinkelsbühl mittelst Entschließung vom 24. August 1848, daß es bei der früheren Verfügung sein Bewenden habe, und Raab nunmehr innerhalb 8 Tagen bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 5 Thalern befriedigt werden müsse, und sie erklärte sofort, da keine Folge geleistet wurde, durch weitere Entschließung vom 4. November 1848 die Strafe von 5 Thalern für verfallen, mit dem Beifügen, daß, wenn binnen 8 Tagen dem Auftrage vom 5. Oktober keine Folge geleistet und der Nachweis der geleisteten Zahlung nicht zur Vorlage gebracht werden sollte, eine Ordnungsstrafe von 10 Thalern eintrete, welche dem Magistrate der Stadt Dinkelsbühl mit dem Bemerken angedroht werde, daß die Bestreitung dieser Ordnungsstrafen aus Gemeindemitteln nicht zulässig sei, dieselben vielmehr von den Magistratsmitgliedern zu bezahlen seien. Es verblieb aber auch hierauf noch bei der Zahlungsweigerung, und die kgl. Regierung erließ sonach unterm 16. Dezember 1848 an den

Magistrat der Stadt Dinkelsbühl eine weitere Entschließung, worin sie nun auch die angedrohte Strafe von 10 Thalern für verfallen erklärte, und eine weitere Strafe von 15 Thalern androhte.

Hierauf stellte der Magistrat der Stadt Dinkelsbühl an das k. Staatsministerium d. J. das Gesuch, an die k. Regierung von Mittelfranken den Auftrag zu erlassen, dem Vollzuge der Zwangsmaßregeln bis auf Weiteres Instand zu geben; es wurde aber demselben durch Entschließung der k. Regierung von Mittelfranken vom 21. März 1849 eröffnet, daß unterm 14. März höchste Entschließung des Staatsministeriums des Innern dahin erfolgt sei, daß dieses Ministerium keine ausreichenden Gründe gefunden habe, um die früher erlassenen Ministerial-Entschließungen abzuändern, und daß, da die Regierung vom k. Staatsministerium zugleich beauftragt worden sei, den Vollzug der ergangenen Ministerialentschließungen mit allem Nachdrucke zu bewirken, und hiedurch den quieszirten Bürgermeister Raab klaglos zu stellen, es bei der Regierungsentschließung vom 16. Dezember 1848 ihrem ganzen Inhalte nach sein Verbleiben habe.

Nunmehr brachte der Magistrat der Stadt Dinkelsbühl die erwähnten Zahlungsbefehle und Strafverfügungen der k. Regierung von Mittelfranken mittelst Eingabe vom 21. April 1849 zur Kenntniß des k. Kreis- und Stadtgerichts München, und stellte an dieses Gericht den Antrag, den Magistrat gegen die in den erwähnten Thatsachen enthaltenen offenbaren Eingriffe der Administrativstellen in die anhänige Rechtssache, in Schutz zu nehmen, und die Beseitigung dieser und fernerer Eingriffe zur Wahrung der Unabhängigkeit der Rechtspflege, sowie auch der klägerischen Rechte zu erwirken.

Dieser Imploration zufolge faßte das k. Kreis- und Stadtgericht München am 1. Juni 1849 einen Beschluß, in welchem dasselbe jedes weitere Einschreiten und Einmischung der Administrativstellen in die gegenwärtig daselbst an-

hängige Civilrechtssache als unzulässig erklärte, und diesen Beschluß durch das k. Appellationsgericht von Oberbayern der k. Regierung von Mittelfranken wegen Hebung des Competenz-Conflikts mittheilen ließ, auch den Magistrat der Stadt Dingelsbühl und den vormaligen Bürgermeister Raab von dessen Inhalte in Kenntniß setzte.

Die k. Regierung von Mittelfranken erklärte hierauf mittelst Schreiben vom 26. September 1849, daß sie zum Vollzuge der wegen Pensionszahlung ergangenen Ministerial-Entschließungen nicht bloß befugt, sondern auch verpflichtet sei, und darauf verharre, und hierauf wurden dann die Akten wegen des vorwaltenden Competenz-Conflikts an die betreffenden Ministerien eingesendet, von wo sie aber, da inzwischen das Gesetz über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 in Wirksamkeit trat, an den k. Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe gelangten, der sonach noch die nach Art. 7 des vorerwähnten Gesetzes erforderliche weitere Instruktion anordnete, und worauf dann, nachdem die Akten sammt den von den Betheiligten eingekommenen Denkschriften an den obersten Gerichtshof gelangt waren, zur öffentlichen Verhandlung auf den 18. d. Mts. Sitzung anberaumt, und den Betheiligten hievon Nachricht ertheilt wurde.

Nachdem diese Sache in der am 18. d. Mts. stattgehabten öffentlichen Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schertfelner Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden. Hierauf erhielt der derzeitige rechtskundige Bürgermeister Oskar Raab von Dinkelsbühl, welcher für den dortigen Magistrat erschienen war, das Wort, der, nachdem die vom Magistrate eingereichte Denkschrift vom 20. August 1850 verlesen worden war, den dort gestellten Antrag, die betreffenden Erlasse und Straf-Communikationen der k. Regierung von Mittelfranken außer Kraft zu setzen, weiter erörterte und zu begründen suchte. Ihm entgegnete der Anwalt des vormaligen Bürgermeisters

August Raab, der k. Advokat Märklstetter, und stellte den Antrag, die betreffenden Verfügungen, als von der k. Regierung von Mittelfranken competenzmäßig erlassen zu erklären und aufrecht zu erhalten.

Darauf nahm dann der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort, und stellte nach näherer Beleuchtung der Sache den Antrag, auszusprechen, die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, sei zuständig, der höchsten Entschließung vom 10. Dezember 1844 und 22. Juli 1845, wodurch von der k. Staatsregierung dem vormaligen Bürgermeister August Raab von Dinkelsbühl eine lebenslängliche Pension von 800 fl. festgesetzt, und bei der Gemeindekasse von Dinkelsbühl angewiesen wurde, insolange den Vollzug zu sichern, als diese höchste Entschließung nicht zurückgenommen wird, oder in dem zwischen dem Magistrate von Dinkelsbühl und August Raab bestehenden Civilrechts-Streite ein rechtskräftiges richterliches Erkenntniß ergeht, durch welches dem Raab gegenüber der Bezug dieser Pension für unberechtigt erklärt wird.

Bei sofort erfolgter Prüfung des hier vorwaltenden Competenz-Conflikts hat sich dann auch ergeben, daß derselbe dem vom Staatsanwalte gestellten Antrage gemäß entschieden werden müsse; denn

1) daß die Gemeindewahlen, deren Prüfung und deren Genehmigung zur Competenz der k. Kreisregierungen und des Staatsministeriums des Innern gehören, ist nicht in Abrede gestellt, und kann im Hinblick auf die dießfalls bestehenden Gesetze und Verordnungen einem Anstande nicht unterliegen.

Conf. Gemeinde-Edict und Gemeindewahl-Ordnung vom Jahre 1818;

dann revid. Gemeinde-Edict vom Jahre 1834 und Verordnung vom 17. Dezember 1825, §. 69 et seq., die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen betreffend.

2) Ebenso gehört aber auch die Regulirung und Genehmigung der Gehalte und beziehungsweise der Pensionen der Gemeindebeamten zur Competenz der vorgenannten Administrativstellen, und dieß in doppelter Rücksicht, indem gedachte Stellen bezüglich solcher Beamten, insoweit sie auch als öffentliche Beamte erscheinen, und gleich den unmittelbaren Staatsdienern zur Erreichung der Staatszwecke verwendet werden, zu überwachen haben, daß ihnen ihr Nahrungsstand in der erforderlichen Weise gesichert werde und gesichert bleibe, und indem ferner genannten Stellen in ihrer Eigenschaft als Curatel- und Obercuratel-Behörden auch das Recht der Cognition und Ueberwachung alles dessen, was bei den Gemeinden vorkömmt, zusteht und obliegt.

3) Daß sonach genannte Stellen darin, daß sie den dem Bürgermeister August Raab gebührenden Standes- und resp. Quiescenzgehalt feststellten, solchen auf die Kämmereikasse der Stadt Dinkelsbühl anwiesen, und den Magistrat der Stadt Dinkelsbühl beauftragten, diesen Gehalt an Raab unverkümmert verabfolgen zu lassen, im Bereiche ihrer Competenz handelten, ist zweifellos.

4) Es ist aber auch eben so zweifellos, daß, wenn ihre Aussprüche und Anordnungen nicht Gefahr laufen sollen, wirkungslos zu werden, ihnen die Befugniß nicht entzogen seyn und entzogen werden kann, den Vollzug derselben zu überwachen, und erforderlichen Falls diesen Vollzug sogar mittelst Zwangsmaßregeln zu erwirken, und kann also auch in der Anordnung solcher Zwangsmaßregeln eine Ueberschreitung ihrer Competenz nicht gefunden werden.

5) Im vorliegenden Falle will die Competenz der k. Regierung von Mittelfranken zum Erlasse von Zwangsmaßregeln gegen den Magistrat der Stadt Dinkelsbühl aus dem Grunde beanstandet werden, weil dieser mit

Consens derselben den Rechtsweg gegen Raab wegen fraglicher Pensionsverabreichung betreten hat, und über die von ihm eingereichte und verhandelte Klage ein rechtskräftiges Endurtheil noch nicht vorhanden ist.

Allein aus diesem Umstande läßt sich eine derlei Folgerung nicht ableiten. Der Streitconsens ist von der k. Regierung dem Magistrate der Stadt Dinkelsbühl ertheilt worden, weil dieser ein richterliches Erkenntniß, welches ihn von der Verbindlichkeit, an Raab einen Standes- und resp. Quiescenzgehalt zu entrichten, befreien sollte, erwirken zu können glaubt. Daß dem Raab, ehe noch ein solches Erkenntniß erfolgt ist, dessen Standesgehalt, welcher bekanntlich ohne legitimen Aufhörungsgrund niemals entzogen werden darf, verweigert, und dessen Ausbezahlung vom Magistrate ohne Zustimmung der vorgesetzten Curatelbehörde sistirt werden dürfe, wurde damit nirgends angedeutet, vielmehr dem Magistrate wiederholt, und insbesondere auch durch das Ministerialrescript vom 12. Juli 1848 eröffnet, daß es bei den ergangenen Zahlungsbefehlen insolange sein Verbleiben habe, bis ein rechtskräftiges richterliches Erkenntniß die Stadtgemeinde Dinkelsbühl von fraglicher Verbindlichkeit befreie. Die vom Magistrate an ihre vorgesetzten Curatelbehörden gestellten Gesuche, zu bewilligen, daß die Zahlung an Raab sistirt werde, sind abschlägig verbeschieden worden, und es kann hiernach die Befugniß, in Folge dieser abschlägigen Verbescheidungen den Vollzug der angeordneten Gehaltsausbezahlung zu erwirken, nicht beanstandet werden.

6) Was von Attentaten, von Einmischung der k. Regierung von Mittelfranken in die beim k. Kreis- und Stadtgerichte München anhängige Rechtssache u. s. w. vorgebracht wurde, stellt sich als unrichtig und unhaltbar dar, indem ganz augenfällig ist, daß die Administrativstellen bei den fraglichen Erlassen lediglich als

Curatelbehörden handelten, und den Vollzug ihrer Anordnungen und die Fortbezahlung des Raab'schen Quiescenzgehaltes dem Magistrate der Stadt Dinkelsbühl nur vermöge des ihnen zustehenden Oberaufsichts-Rechts, und damit nicht neue Verwickelungen herbeigeführt werden, und hiedurch Raab veranlaßt werden möge, etwa auch seinerseits klagend bei Gericht gegen die Stadtgemeinde Dinkelsbühl aufzutreten, anbefohlen haben. Das Rescript des Ministeriums des Innern vom 12. Juli 1848 und die Entschließung der k. Regierung von Mittelfranken vom 21. März 1849 drücken dieß mit klaren Worten aus, und was dort vom Besitze gesagt ist, zeigt sich nur zu dem Ende angeführt, um darauf aufmerksam zu machen, welche Folgen die fragliche Zahlungssistirung nach sich ziehen dürfte, und daß dieselbe sich nicht rechtfertigen lasse.

Demnach mußte, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am zweiundzwanzigsten März achtzehnhundert einundfünfzig, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, v. Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, v. Schubert, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, Burkhart, Ministerialrath, Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, dann Oberappellationsgerichtsrath Dall'Armi als funktionirender Staatsanwalt, und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus als Protokollführer.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## III.
## Erkenntniß

**des obersten Gerichtshofes des Königreichs vom 22. März 1851, betreffend den von der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, gegen das k. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg angeregten Competenz-Conflikt in Sachen der Curatel über die Jobst Friedrich v. Tetzel'sche Stiftung in Nürnberg.**

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 29, S. 644—653.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den von der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, gegen das k. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg angeregten Competenz-Conflikt in Sachen der Curatel über die Jobst Friedrich von Tetzel'sche Stiftung in Nürnberg:

> „daß zur Aufnahme der Anzeige von der geschehenen Rechnungslegung, welche gemäß des Testaments des Jobst Friedrich Tetzel vom 10. März 1612 und des Vergleichs vom 28. August 1822 von der Administration des Jobst Friedrich von Tetzel'schen Stiftungsfonds jährlich zu machen ist, die k. Regierung von Mittelfranken als Staatscuratelbehörde competent sei."

### Gründe:

Der Nürnberger Patrizier Jobst Friedrich Tetzel auf Kirchensittenbach bestimmte in seinem Testament vom 10. März 1612 diesen Herrensitz nebst andern Gütern und Renten zu einer sogenannten „Vorschickung" oder „legatum perpetuum" zu Gunsten der rathsfähigen Geschlechter der damaligen Reichsstadt Nürnberg. Den Genuß dieser Stiftung sollten jederzeit die verheiratheten männlichen Mitglieder von zwei der berechtigten, nach dem Aussterben im Genusse gestandener, immer durch das Loos zu bestimmenden Familien

haben in der Art, daß von dem Ertrage des Vermögens jährlich unter sie ⅓ nach Köpfen vertheilt, ⅓ zum Hauptstock geschlagen und ⅓ nach Vermögen der Stiftung und „des Stiftsverwalters und der vier ältesten Stiftsgenossen Discretion" zu Stipendien für solche Abkömmlinge der rathsfähigen Geschlechter überhaupt verwendet werde, welche sich dem Studieren, oder dem Kriegsdienste, oder an Fürstenhöfen dem Herrendienste widmen. Die Verwaltung betreffend verordnete der Testator, daß der Stiftungsverwalter jedes Jahr den vier ältesten Stiftsgenossen der beiden Familien Rechnung lege, damit dieß um so gewisser geschehe, jedes Jahr an die oberste Vormundstube 6 Goldgulden zu zahlen seien, und daselbst, daß die Rechnung gelegt wurde, angezeigt, diese Anzeige protokollirt und das Testament verlesen werden soll.

Nach dem Erscheinen des Edikts vom 28. Juli 1808, die Aufhebung der Fideicommisse betreffend, nahmen die damals im Genusse dieser Vorschickung befindlichen Mitglieder der Familien von Volkamer und von Behaim das gesammte Vermögen als aufgelöstes Fideicommiß und ihr nun freies Eigenthum in Anspruch. Der hierdurch mit den übrigen substituirten Familien herbeigeführte Rechtsstreit erledigte sich aber durch einen am 28. August 1822 zu Stand gekommenen und zufolge Ministerialrescripts vom 28. Nov. 1833 genehmigten Vergleich, welchem gemäß die eine Hälfte des Vorschickungsvermögens ihren Fortbestand als Jobst Friedrich von Tetzel'scher Stiftungsfond unter Aufrechthaltung der Successionsrechte der am 15. September 1806, nämlich bei dem Uebergange Nürnbergs an die Krone Bayern, rathsfähig gewesenen Patrizierfamilien behielt, und Genuß und Verwaltung sich ganz nach der Vorschrift des Testamentes vom 10. März 1612 zu richten haben soll. Von der zweiten Hälfte dagegen wurden 40,000 fl., mit Zinsenersatz 49,000 fl., unter Vorbehalt des eventuellen Rückfalls an die bleibende Tetzel'sche Hauptstiftung den substituirten Fa-

milien zu einer eigenen patriziatischen Stipendienstiftung abgetreten, wogegen dieselben auf ihre besondere Theilnahme an den Stipendien aus der bleibenden Tetzel'schen Stiftung zu Gunsten der im Genusse dieser befindlichen Familien verzichteten, sich jedoch die Controle der Verwaltung vorbehielten, und insbesondere auch die Theilnahme mittelst Bevollmächtigter an der dem Testament gemäß bei der vormundamtlichen Behörde zu protokollirenden Anzeige der geschehenen Rechnungslegung.

Der Ueberrest dieser zweiten Hälfte des Vorschickungs-Vermögens wurde den im Jahre 1808 im Genusse gestandenen Stiftungsgenossen oder ihren Erben überlassen.

Jene ausgeschiedene patriziatische Stipendienstiftung wurde im Einklange mit der Erklärung des Verwaltungs-Ausschusses vom 10. November 1832 unter die Aufsicht der k. Kreisregierung, Kammer des Innern, als Staats-Curatelbehörde gestellt. Die Administration der Tetzel'schen Hauptstiftung dagegen suchte diese wegen der Stipendienstiftung schon durch Regierungsentschließung vom 26. Juli 1830 angesonnene Stellung abzulehnen. Sie betrat zu diesem Behufe selbst den Rechtsweg. Ihre Klage vom 19. Mai 1833 wurde jedoch „als keine Justizsache zum Gegenstande habend" a limine, und die „wegen Eigenthumsbeeinträchtigung" abermals erhobene Klage wegen bereits in jenem Erkenntnisse vorliegender Rechtskraft ohne Verhandlung abgewiesen.

Laut der seit dem 26. Juli 1830 und 5. Juni 1839 an die Administration der Tetzel'schen Hauptstiftung ergangenen Entschließungen hatte die k. Kreisregierung als Stiftungscuratelbehörde nur die Einsendung der Rechnungen zur Superrevision verlangt, welchem Ansinnen von der Administration, nachdem auch auf ihren Recurs an den Staats-Rath ein abweisendes Rescript de dato 15. Mai 1842 erfolgt war, und nach Androhung von Zwangsmaßregeln, unter Protestation Folge gegeben wurde.

In einem Anschreiben vom 29. Juni 1849 an das k. Appellationsgericht suchte nun aber die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, auch geltend zu machen, daß sie als Staatskuratelbehörde an die Stelle des im Testament vom 10. März 1612 genannten obersten Vormund-Amtes getreten sei, weßwegen auch die in demselben angeordnete Anzeige der geschehenen Rechnungslegung bei ihr zu geschehen habe. Das k. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg erachtete jedoch hierdurch seine Competenz als an die Stelle des ehemaligen obersten Vormundamtes getretene Testamentsvollzugs- und Verlassenschaftsbehörde beeinträchtigt. Da nun das k. Appellationsgericht von Mittelfranken dieser Ansicht beitrat, wurde von der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, der Competenz-Conflikt angeregt, solcher nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Mai 1850 instruirt, von der Administration des Tetzel'schen Stiftungsfonds am 15. August 1850 auch eine Denkschrift eingereicht, von der k. Regierung aber dafür sich lediglich auf das Anschreiben an das k. Appellationsgericht de dato 29. Juni 1849 bezogen.

Die Stiftungsadministration will es bei der Verfügung des Testaments vom 10. März 1612 belassen wissen. Die k. Regierung dagegen bezieht sich auf die nun geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Stiftungscuratel, wornach das k. Kreis- und Stadtgericht als Nachfolger des obersten Vormundamtes keine Stiftungscuratel mehr, sondern nur die privatrechtliche cura minorum auszuüben habe.

Nachdem die Sache in der dafür anberaumten Sitzung am 17. d. Mts. aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf der für die Administration des v. Tetzel'schen Stiftungsfonds erschienene k. Advokat Dr. Kreitmaier das Wort nahm, und nach Erörterung des Sach- und Rechtsverhältnisses den Antrag auf ein Erkenntniß für die Competenz des k. Kreis- und Stadtgerichts Nürnberg

stellte. Von Seite des funktionirenden Staatsanwaltes wurde nach Beleuchtung der Sache der Antrag gestellt, auszusprechen: die im Testament vom 10. März 1612 angeordnete Ueberwachung des v. Tetzel'schen Stiftungsvermögens stehe nunmehr der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, zu, und diese sei daher auch berechtigt, zu verlangen, daß die vorgeschriebene Anzeige über Rechnungslegung ihr erstattet werde.

Nach Prüfung der vorgebrachten Gründe wurde dem letzteren Antrag stattgegeben. Denn es hatte zwar

1) weder das Testament vom 10. März 1612 dem obersten Vormundamte Pflegamtsbefugnisse in Ansehung der Tetzel'schen Stiftung übertragen, noch liegt vor, daß dasselbe gemäß verfassungsmäßiger Einrichtungen der Reichsstadt Nürnberg eine Curatelbehörde für Stiftungen der fraglichen Art gewesen sei. Die Zuständigkeit des obersten Vormundsamts über die Tetzel'sche Stiftung beschränkte sich vielmehr nur auf den Vollzug jener Bestimmung des Testaments, welchen gemäß der Stiftsverwalter jährlich den vier ältesten Stiftsgenossen die Rechnung zu legen, und davon Anzeige zu erstatten hatte. Auch geht aus dem Berichte des k. Kreis- und Stadtgerichts an das k. Appellationsgericht vom 22. August 1849 hervor, daß dasselbe als Nachfolger des obersten Vormund-Amtes curatelamtliche Handlungen bezüglich der Tetzel'schen Stiftung nie vorgenommen hat.

Allein

2) der Umstand, daß zur Zeit der reichsstädtischen Verfassung Nürnbergs Stiftungen dieser Art der Staats-Curatel nicht unterstellt waren, steht dem Eintritte dieser nicht entgegen, wenn die Tetzel'sche Stiftung, wie solche nunmehr in Gemäßheit des Vergleichs vom 28. August 1822 ihren Fortbestand hat, in jene Kategorie milder Stiftungen gehört, für welche zufolge

IV. 10. der Verfassungsurkunde der Staatsschutz angeordnet, und laut der Verordnung vom 17. Dezember 1825 §. 69 flg. den obersten Kreisverwaltungsstellen zu handhaben übertragen ist. Die Frage aber, ob dieses der Fall sei, ressortirt lediglich zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden selbst, und ist vorliegend auch bereits entschieden, indem der von der Administration der Tetzel'schen Stiftung gegen die Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 13. Mai 1841 noch an den Staatsrath ergriffene Recurs durch allerhöchstes Rescript v. 15. Mai 1842 abgewiesen und durch das oberstrichterlich bestätigte Erkenntniß des Appellationsgerichts v. 11. Juni 1833 ausgesprochen wurde, daß für die Entscheidung der Frage über die Stellung der Tetzel'schen Stiftung unter die Staatscuratel die Civilgerichte nicht competent sind. Zudem befinden sich das k. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg und die k. Regierung von Mittelfranken wegen der über die Tetzel'sche Stiftung auszuübenden Curatel auch nicht in einem Conflikte, da das erstere diese nie in Anspruch genommen hat. Der Conflikt besteht vielmehr

3) nur über die Zuständigkeit zur Aufnahme der Anzeige von der geschehenen Rechnungslegung, wie dieselbe sowohl zufolge des Testaments von 1612, als des Vergleichs von 1822 §. 11 zu machen ist. In dieser Beziehung aber wird der Wille des Stifters durch die Anzeige bei der Stiftungscuratelbehörde ebenfalls erfüllt, indem seine Verfügung immer nichts Anderes bezweckte, als eine Oberaufsicht zur Conservation der Stiftung. Die nach den jetzt geltenden Gesetzen von der Staatscuratelbehörde zu führende Oberaufsicht über die dem Willen des Stifters entsprechende Verwaltung des Stiftungsvermögens umfaßt daher vorliegend auch die Aufsicht auf die Einhaltung jener

Vorschriften, welche der Testator für die Art und Weise der Rechnungslegung gegeben hat, und welche bezüglich des bleibenden Tetzel'schen Stiftungsfonds durch den Vergleich von 1822 aufrecht erhalten und nur insoferne erweitert wurden, als auch den Theilhabern an der ausgeschiedenen patriziatischen Stipendienstiftung die Controle über Rechnungslegung und die Theilnahme an der zu machenden Anzeige von der letzteren eingeräumt ist. Die Absicht des Testators findet sich durch die Aufsicht der Staatscuratelbehörde vollkommen gewahrt, und er würde sich zu den fraglichen Vorschriften über die Constatirung der geschehenen Rechnungslegung mittels des obersten Vormundamtes gar nicht veranlaßt gesehen haben, wenn seine Stiftung nach den Gesetzen der Reichsstadt Nürnberg der Saatscuratel von selbst schon unterstellt gewesen wäre.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 22. März 1851, wobei zugegen waren: der I. Präsident, Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichts-Rath Eisenhart, Ministerialrath von Schubert, Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Burkart, Oberappellationsgerichtsrath Cucumus, der funktionirende Staatsanwalt, Oberappellationsgerichtsrath Dall'Armi und Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# IV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 22. März 1851 bezüglich des zwischen der k. Regierung von Unterfranken und dem k. Landgerichte Ebern wegen Beitreibung des Vermögens des Deserteurs Georg Leipold von Gereuth obwaltenden Competenz-Conflik tes.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 30, S. 664 — 673.)

Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen der kgl. Regierung von Unterfranken und dem kgl. Landgericht Ebern wegen Beitreibung des Vermögens des Deserteurs Georg Leipold von Gereuth obwaltenden Competenz-Conflik tes zu Recht:

„daß über den Anspruch auf nochmalige Zahlung des von dem Amtsaktuar und nunmehrigen Revisor Kühnreich an den Deserteur Georg Leipold verabfolgten Kaufschillings in Anwendung der Verordnung vom 21. August 1807 die Gerichte zu entscheiden haben."

### Gründe:

Georg Leipold, lediger Maurer aus Gereuth, Landgerichts Ebern, und vormaliger Soldat bei der Fuhrwesensabtheilung des II. Artillerieregiments „Zoller" ist durch Kriegskommissionsspruch vom 27. Oktober 1848 des Vergehens der Desertion im Urlaube mit dem Beifügen als schuldig erklärt worden, daß dessen Vermögen der Confiskation unterliege.

Bei den hiernach über dessen Vermögensverhältnisse gepflogenen Recherchen hat sich ergeben, daß am 17. März 1847 bei dem v. Hirsch'schen Patrimonialgerichte Gereuth ein Vertrag protokollirt worden ist, laut welchem Georg Leipold die ihm angehörig gewesenen Realitäten zu Gereuth an den dortigen Amtsaktuar Kühnreich um 550 fl. verkauft habe.

Diesen Kaufschilling behauptet Kühnreich zwar an Leipold bereits bezahlt zu haben; die k. Regierung von Unterfranken hat jedoch unter Hinweisung auf die Verordnung vom 21. August 1807 (Reg.-Bl. 1807, pag. 1394), das Verbot der Ausbezahlung des Vermögens eines Soldaten während der Dienstzeit betreffend, die weitere Verordnung vom 21. Oktober 1813 (Döllingers Ver.-Sammlung Bd. X, pag. 170) und das Gesetz vom 15. April 1840 (Gesetzblatt 1840, Nr. 6, pag. 57) das k. Landgericht Ebern mittelst Entschließungen vom 12. Dezember 1848 und 23. Februar 1849 beauftragt, den Ersatz dieses Kaufschillings von dem Käufer behufs der Confiskation zum Besten der Gemeinde Gereuth und Ersatzmannstellung auf die Dauer der noch restigen Dienstzeit des Leipold zu verfügen und zu realisiren.

Kühnreich wurde sofort durchs k. Landgericht Ebern am 15. März 1849 beauftragt, den fraglichen Kaufschilling zu 550 fl. binnen 3 Monaten zu erlegen, und da diese Frist fruchtlos verstrichen war, ertheilte ihm dasselbe mittelst Dekrets vom 26. Juli, insinuirt 13. August 1849 den weitern Auftrag, nunmehr die Erlage bei Vermeidung weiterer geeigneter Zwangsmaßregeln binnen 6 Wochen zu bewerkstelligen.

Hierauf reichte Kühnreich am 21. August 1849 beim k. Landgerichte Ebern eine an diese Behörde gerichtete Remonstration ein, worin er darzulegen suchte, daß die Frage, ob er verbindlich sei, den an Leipold bezahlten Kaufschilling nochmal zu entrichten, civilrechtlicher Natur sei, und am Schlusse die Bitte stellte, die Auflage vom 26. Juli 1849, und beziehungsweise auch die frühere Auflage zur sofortigen Zahlung zurückzunehmen.

Das Landgericht Ebern legte diese Remonstration sammt Akten mit Bericht vom 25. August 1849 der k. Regierung von Unterfranken zur weiteren Entschließung vor, diese aber schickte solche laut Verfügung vom 25. Oktober 1849 dem k. Landgerichte Ebern zur Verbescheidung dieser Remonstration in eigener Competenz in seiner Eigenschaft als

Justizbehörde, in welcher Eigenschaft dasselbe auch die Zahlungsbefehle erlassen habe, zurück.

Hierauf faßte das k. Landgericht Ebern am 8. Dezember 1849 Beschluß dahin, daß die Remonstration des Kühnreich für begründet zu erachten, sofort dem Zahlungsbefehle vom 26. Juli keine weitere Folge zu geben sei, und Kühnreich förmliche Klage zu gewärtigen habe.

Von diesem Beschlusse gab es dem Kühnreich Nachricht und erließ zugleich an die Gemeinde Gereuth ein Dekret, worin es diese von dem Bestande des Leipold'schen Vermögens in Kenntniß setzte, — auf die Bestimmungen des §. 83 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1828 hinwies, und ihr eröffnete, daß ihr zur Klagestellung gegen Kühnreich der Streitconsens ertheilt, und der für den Landgerichtsbezirk aufgestellte Gemeindeanwalt beigegeben werde, und die Gemeinde Gereuth hiernach das Weitere veranlassen möge, sobald von der k. Regierung, welcher diese Curatelverfügung und Streitconsensertheilung zur Kenntniß gebracht werden wird, die Genehmigung ertheilt seyn wird.

Die k. Regierung sprach aber hierauf durch Entschließung vom 23. März 1850 aus, daß dem Untercuratelbeschlusse vom 8. Dezember 1849 die obercuratelamtliche Bestätigung nicht ertheilt werden könne, und beauftragte das Landgericht Ebern, die Regierungsentschließung vom 23. Februar 1849 binnen 4 Wochen zum Vollzuge zu bringen, mit dem Beifügen, daß dieser Vollzug lediglich Sache des Landgerichts als Administrativbehörde sei.

Darauf verfügte das Langericht Ebern, jedoch nur in der Art, daß es die Gemeinde Gereuth mittels Dekretes vom 12. April 1850 beauftragte, nunmehr den Ersatzmann für Leipold zu stellen, die Kosten hiefür aus dem von Leipold bei seiner Desertion der Gemeinde angefallenen Vermögen zu bestreiten, und binnen 6 Wochen über die erfolgte Ersatzmannstellung sich auszuweisen.

Die Gemeinde erhob gegen diese Verfügung Beschwerde,

und die k. Regierung von Unterfranken sprach hiernach mittelst Entschließung vom 6. Juli 1850 aus, daß die landgerichtliche Verfügung vom 12. April als jeder Begründung entbehrend außer Wirksamkeit gesetzt werde, und beauftrage das Landgericht Ebern neuerlich, nach Maßgabe der schon oben angeführten Regierungsentschließungen vorzuschreiten, und deren Vollzug binnen 4 Wochen anzuzeigen, mit dem Beifügen, daß der fragliche Vollzug lediglich in seiner (des Landgerichts) Competenz als Administrativbehörde gelegen sei, und zur Zeit von einem Privatrechtsverhältnisse in vorliegender Sache keine Rede seyn könne.

Das Landgericht Ebern berichtete nun darauf hin unterm 26. Juli 1850 an die k. Regierung, daß es in der Eigenschaft als Administrativbehörde keine Schritte gegen Kühnreich mehr thun könne, weil es in seiner Eigenschaft als Justizbehörde auf dessen Remonstration die an denselben erlassenen Zahlungsaufträge zurückgenommen, und ihm nur die Gewärtignng der Klage in Aussicht gestellt habe, und das Landgericht der Ansicht sei, daß bei dieser Sachlage die Administrativbehörde eine Competenz nicht mehr ansprechen könne.

Darauf hin hat dann die k. Regierung von Unterfranken sich zur Anregung eines Competenz-Conflikts veranlaßt gefunden, und ihre dießfallsige Erklärung dem k. Langerichte Ebern mittels Entschließung vom 31. Oktober 1850 mitgetheilt.

Das k. Landgericht Ebern hat Abschriften dieser Erklärung, sowohl dem Kühnreich als auch der Gemeinde Gereuth zugeschlossen, und Kühnreich und die Gemeinde Gereuth haben hierauf Denkschriften eingereicht.

Der Erstere sucht darin darzuthun, daß in Beziehung auf ihn bezüglich der Frage, ob er noch etwas schulde und einzubezahlen habe, der Ausspruch nur dem Civilrichter zustehen könne, und die Competenz der Administrativbehörden ausgeschlossen sei.

Die Gemeinde Gereuth sucht dagegen in ihrer Denk-

schrift darzuthun, daß die vorwürfige Sache eine Administrativsache sei, jedenfalls aber der Gemeinde nicht zugemuthet werden könnte, im Rechtswege die Beitreibung des Leipold'schen Vermögens zu erwirken.

Nachdem nun die Akten an den Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe eingesendet und von diesem vorgelegt worden waren, ist zur öffentlichen Verhandlung auf den 17. d. M. Tagsfahrt anberaumt und dieß den Betheiligten mit der Eröffnung bekannt gegeben worden, daß ihnen frei stehe, sich hiebei durch Anwälte vertreten zu lassen.

Es konnte jedoch die Verhandlung am vorbesagten Tage nicht vor sich gehen, weil die öffentliche Verhandlung einer andern auf diesen Tag fixirt gewesenen Sache die volle Sitzungszeit in Anspruch nahm, daher solche auf heute vertagt worden ist.

In heutiger öffentlicher Sitzung erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke abgelesen wurden, und, da von Seite der Betheiligten Niemanden erschienen war, nahm hierauf der Staatsanwalt am obersten Gerichtshof das Wort, und stellte nach näherer Beleuchtung der Sache den Antrag, auszusprechen:

> „das betreffende Civilgericht habe zu erkennen, ob der vormalige Patrimonialgerichtsaktuar Kühnreich als Käufer der Realitäten des Soldaten und spätern Deserteurs Georg Leipold von Gereuth den Kaufpreis, weil er ihn verbotswidrig an Leipold hinausbezahlt habe, nochmals zu entrichten habe."

Bei sofort erfolgter Prüfung hat sich ergeben, daß über den hier in Frage stehenden Anspruch an Revisor Kühnreich die Gerichte zu entscheiden haben.

Es kann nämlich nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß das zwischen Leipold und Kühnreich abgeschlossene Rechtsgeschäft, aus welchem Letzterer nun eine Zahlung von 550 fl. leisten soll, ein Vertrag, sohin civil-

rechtlicher Natur ist. Ansprüche aus einem solchen Rechtsgeschäfte können aber, wenn sie nicht auf gütlichem Wege Anerkennung finden, nur vor dem ordentlichen Civilrichter geltend gemacht werden.

Im vorliegenden Falle wird sich zur Begründung der Behauptung, daß die Administrativstellen gegen Kühnreich wegen Einzahlung des fraglichen Kaufschillings einzuschreiten haben, auf die schon oben erwähnten Verordnungen vom 21. August 1807 und 21. Oktober 1813 und das Gesetz vom 15. April 1840 berufen.

Allein aus den dort enthaltenen Vorschriften läßt sich eine Competenz der Administrativbehörden, an Kühnreich Zahlungsbefehle zu erlassen, und diese in Vollzug zu setzen, nicht ableiten, da hierin nichts darüber bestimmt ist, vor welcher Behörde Ansprüche an den Schuldner eines Deserteurs geltend zu machen sind, hiernach aber nur die über die Zuständigkeit der Gerichte bestehenden Gesetze zur Anwendung kommen können, und diesen zufolge aber um so weniger sich beanstanden läßt, daß nicht vor den Administrativbehörden, sondern vor den Gerichtsbehörden derlei Ansprüche zur Geltung zu bringen sind, als auch die Vollzugsvorschriften zum Heerergänzungsgesetze vom 15. Mai 1828 im §. 109 diese als diejenigen Behörden bezeichnet, von welchen die Selbsthaftung der betreffenden Individuen für verbotwidrig geleistete Zahlungen oder Vermögensaushändigungen auf Instanz der betheiligten Gemeinde ausgesprochen und realisirt werden soll.

Demnach mußte wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 22. März 1851, wobei zugegen waren: der erste Präsident Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-

rath Burkart, Oberappellationsgerichtsrath Cucumus, der funktionirende Staatsanwalt, Oberappellationsgerichtsrath Dall'Armi, und Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## V.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 9. Mai 1851 bezüglich des zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, und dem kgl. Appellationsgerichte von Mittelfranken in Sachen des Joh. Sperber und Genossen zu Leinburg gegen den Gemeindeausschuß daselbst wegen Kostenersatzes obwaltenden Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 30, S. 673 — 681.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte von Mittelfranken in Sachen des Johann Sperber und Genossen zu Leinburg gegen den Gemeindeausschuß daselbst wegen Kosten-Ersatzes obwaltenden Competenz-Conflikts zu Recht:

„daß die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, zur Entscheidung über die von Johann Sperber und Genossen von Leinburg in ihrer Eingabe vom 26. Juni 1849 gestellten Anträge auf Entschädigung für gemachte Gänge zuständig sei."

**Gründe:**

Im Monate Dezember 1846 sendete die Gemeinde Leinburg, k. Landgerichts Altdorf, ohne die hiezu erforderliche Ermächtigung erlangt zu haben, einen Abgeordneten nach

München, um die Angelegenheit eines Distrikts-Straßenbaues zu betreiben

Hiedurch entstanden 43 fl. 48½ kr. Kosten, welche die Gemeinde Leinburg mittelst Gemeindeumlage aufzubringen beschloß.

Die Gemeindeglieder Johann Sperber und Christ. Hofmann, nebst fünf weiteren Genossen, verweigerten ihre Beiträge, was ein administratives Verfahren gemäß Artikel 14 des Gemeindeumlagengesetzes vom 22. Juli 1819 veranlaßte, in dessen Folge das k. Landgericht Altdorf unterm 30. Juli 1847 die Obengenannten für schuldig erklärte, zu den fraglichen Kosten beizutragen.

Auf eingelegte Berufung entschied jedoch die königliche Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, unterm 8. Januar 1848, daß die unbefugt geschehene Abordnung nicht als durch die Gemeinde, sondern durch die einzelnen Gemeindeglieder geschehen, zu betrachten sei; daß daher eine Gemeindeumlage zur Deckung der entstandenen Kosten nicht stattfinde und die Ausgleichung lediglich den betheiligten Gemeindegliedern überlassen bleibe.

Hiermit war ein Ausspruch über die in beiden Instanzen erwachsenen Kosten nicht verbunden.

Johann Sperber und Genossen traten unterm 4. April 1848 bei dem k. Landgerichte Altdorf im Civilrechtswege mit einer Klage gegen die Gemeindeverwaltung Leinburg auf, wegen Bezahlung der ihnen im administrativen Verfahren veranlaßten Kosten im Betrage von 24 fl. 22 kr., nämlich 11 fl. 15 kr. Ganggebühren, 11 fl. 58 kr. Kosten der Berufung und 1 fl. 9 kr. Ladungsgebühren und Sporteln.

Nach Verhandlung dieser Klage erkannte das erwähnte Gericht unterm 14. Juni 1849:

> „daß dieselbe wegen mangelnder Competenz des k. Landgerichts als Justizbehörde ab- und die Sache zur einschlägigen Administrativstelle zu verweisen, die Kläger aber in sämmtliche erwachsene Prozeßkosten zu verurtheilen seien.“

Letztere wendeten sich hierauf mit einer Vorstellung vom 26. Juni 1849 an die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, mit dem Antrage: die Gemeideverwaltung Leinburg resp. die dortige Gemeinde zum Ersatze obiger, sowie der Kosten dieser jüngsten Eingabe und aller weiteren Verhandlungen und Entscheidungen zu verurtheilen.

Die genannte Kreisstelle sprach jedoch mit Entschließung vom 3. November 1849 aus, daß sie sich hiezu nicht für competent erachte, und es Sache der Antragsteller gewesen sei, gegen das landgerichtliche Erkenntniß vom 14. Juni 1849 rechtzeitig die Berufung einzulegen, und eine zweitinstanzliche Entscheidung zu erwirken.

Nun wendeten sich Johann Sperber und Genossen mit einer Beschwerde vom 24. Juni 1850 gegen den landgerichtlichen Bescheid vom 14. Junt 1849 an das k. Appellationsgericht von Mittelfranken mit der Bitte, auszusprechen: daß das k. Landgericht Altdorf als Justizbehörde der zuständige Richter für die vorliegende Sache sei und als solcher rechtlicher Ordnung nach weiter zu erkennen habe, eventuell: im Benehmen mit der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, die Competenzfrage zur Entscheidung zu bringen.

Das k. Appellationsgericht trat mit der letztgenannten Kreisregierung in's Benehmen, in dessen Folge diese unterm 22. April 1850 die Entschließung erließ, daß

a) die Gerichtskosten bei der erstinstanziellen Behandlung der Sache als einer Communalsache, sowie die Kosten der II. Instanz außer Ansatz zu belassen,

b) die durch die Berufung gegen den landgerichtlichen Beschluß vom 30. Juli 1847 erwachsenen Kosten von den Recurrenten zu tragen,

c) die erhobenen Ansprüche für Ganggebühren zur Austragung in den Civilrechtsweg zu verweisen seien.

Das k. Appellationsgericht hielt indessen auch in letzterer Beziehung die Zuständigkeit der Kreisregierung begründet und legte daher mit Bericht vom 4. Mai 1850 die Sache dem

k. Staatsministerium der Justiz zur Hebung des noch vorhandenen verneinenden Competenz-Conflikts vor, welches unterm 7. Juni v. J. die Akten mit der Entschließung zurück gab, daß nach Maßgabe der Artikel 10, 11 und 12 des inzwischen erschienenen Gesetzes über Competenz-Conflikte zu verfahren, und Johann Sperber mit Genossen auf die deßfallsigen gesetzlichen Bestimmungen hinzuweisen sei.

Auf die Eröffnung dieser Entschließung übergaben die Letztgenannten unterm 20. Juli v. J. ihr Gesuch um Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage bei dem k. Landgerichte Altdorf, welches der früheren Gemeindeverwaltung Leinburg und der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, mitgetheilt, und worauf von Seite der erwähnten Gemeindeverwaltung eine Denkschrift vom 10. September v. J. übergeben wurde.

In jenem stellen Johann Sperber und Genossen den Antrag:

> „den obwaltenden Competenz-Conflikt zu entscheiden, bezüglich der auf denselben seit der landgerichtlichen Verhandlung vom 25. August 1848 erwachsenen Kosten aber auszusprechen, daß die Gerichtskosten außer Ansatz zu bleiben haben, ihre Auslagen aber und Anwaltskosten von dem unterliegenden Theile in der Hauptsache zu tragen seien.“

Die Mitglieder der früheren Gemeindeverwaltung von Leinburg suchen in ihrer Denkschrift auszuführen, daß entweder die fraglichen Kosten als compensirt zu erachten seien, da in dem Definitivbescheide vom 8. Januar 1848 kein Ausspruch bezüglich der Kosten erfolgt sei, oder daß, wenn die Kosten nicht als Nebensache betrachtet, und selbstständig verfolgt werden wolten, nur die Gerichte über einen solchen Anspruch entscheiden könnten.

Nachdem die Akten an den Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe eingesendet, und von diesem vorgelegt worden waren, ist die öffentliche Verhandlung auf den 9. d. Mts.

angesetzt und dieß den Betheiligten mit der Eröffnung bekannt gemacht worden, daß ihnen freistehe, sich hiebei durch Anwälte vertreten zu lassen.

In heutiger öffentlicher Sitzung erstattete der zum Berichterstatter ernannte k. Ministerialrath von Schubert Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden. Hierauf stellte, da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt nach näherer Entwicklung der Sache den Antrag, zu erkennen: daß die Entscheidung über die von Joh. Sperber und Consorten von Leinburg erhobenen Entschädigungsansprüche für mehrere zum Landgerichte Altdorf gemachte Gänge in Betreff ihrer Beitragspflicht zu den Kosten der im Jahre 1846 abgeordneten Deputation der k. Regierung von Mittelfranken zustehe.

Aus der erfolgten Prüfung hat sich ergeben, daß

a) nur bezüglich der erhobenen Ansprüche auf Ersatz der Ganggebühren ein Competenz-Conflikt obwalte;

b) zur Entscheidung dieser Ansprüche die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, als zuständig zu erkennen sei.

Bezüglich der übrigen Kosten hat nämlich diese Verwaltungsstelle ihre Zuständigkeit anerkannt, und hierüber unterm 22. April v. J. Entschließung erlassen, gegen welche den Betheiligten die Beschwerde an das k. Staatsministerium des Innern offen stand.

Diese Zuständigkeit ist aber auch bezüglich der in Anspruch genommenen Entschädigung für die zu Amte gemachten Gänge anzuerkennen; denn die Gänge wofür der Ersatz angesprochen wird, geschahen bei dem administrativen Verfahren, und die Kosten hiefür bilden somit einen Theil der außergerichtlichen Prozeßkosten dieses Verfahrens, daher ein Accessorium der Hauptsache, über welche im administrativen Wege zu entscheiden war.

Bezüglich des Kostenpunktes in administrativen Streitigkeiten finden aber die Vorschriften der bayerischen Gerichts-

Ordnung analoge Anwendung, wornach zugleich mit der Hauptsache auch über die Kosten, und insbesondere über die Verbindlichkeit zum Ersatze der außergerichtlichen Kosten zu entscheiden ist. Gerichtsordnung Cap. 18 §. 4 Ziffer 7.

Bezüglich der Ganggebühren erfordert dieß schon die Natur der Sache, da eine andere, als die in der Hauptsache zuständige Behörde darüber, ob die Gänge nach dem Verfahren nothwendig waren, nicht zu urtheilen vermag.

Da nun in dem vorliegenden Falle eine nachträgliche Entscheidung über die Verpflichtung zum Ersatze der durch die im administrativen Verfahren stattgefundenen Gänge veranlaßten Kosten beantragt wird, so kann eine Entscheidung über diesen Antrag nur von jener Behörde erfolgen, von welcher die Entscheidung in der Hauptsache ausgegangen ist.

Was dagegen die bei Gericht entstandenen Kosten, so weit hierüber noch nicht erkannt ist, betrifft, so ist für dieselben Art. 9 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, maßgebend.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am neunten Mai achtzehnhundert einundfünfzig, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident, v. Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, v. Friedrich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, v. Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, sodann von Volk, Generalstaatsanwalt und Paulus, Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# VI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs, vom 9. Mai 1851 in Sachen des Hofmarksbesitzers v. Link zu Guttenburg gegen Mathias Heider und Genossen von Wimpassing, Fixation von Handlohnsgefällen, hier Competenz-Conflikt betr.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 31, S. 692—697.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Hofmarksbesitzers von Link zu Guttenburg gegen Mathias Heider und Genossen von Wimpassing, Fixation von Handlohnsgefällen, hier Competenz-Conflikt betreffend, daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, somit die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei.

### Gründe:

In Folge des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 hat v. Link als Besitzer der Hofmark Guttenburg bei dem k. Landgerichte Mühldorf unterm 18. präs. 23. September 1848 die Fixation der unständigen Grundgefälle der erwähnten Hofmark beantragt.

Da sich eine gütliche Uebereinkunft zwischen dem Grundherrn und den Grundholden nicht erzielen ließ, zum Behufe der gerichtlichen Fixation aber die erforderlichen rechnungsmäßigen Nachweise der fraglichen Grundgefälle fehlten, so wurde eine Schätzung der abgabenpflichtigen Realitäten, und insbesondere auch der handlohnbaren Güter des Mathias Heider und Consorten zu Wimpassing nothwendig.

Zu diesem Ende wurden von den Betheiligten vier Schätzleute gewählt, und diesen der Obertaxator bei der kgl. Steuerkatastercommission zu München, Benedikt Seiler, als gerichtlicher Schätzmann beigegeben.

Als nun nach deren Verpflichtung zur Aufnahme der

Schätzungen geschritten wurde, ergaben sich zwischen den von den Grundholden gewählten Schätzern und dem Obertaxator Seiler erhebliche Differenzen, so daß Erstere schon am 29. April 1850 bei dem Schätzungsakte nicht mehr erschienen, weßhalb Math. Heider und Consorten sich veranlaßt fanden, in einer Eingabe vom 3. präs. 4. Mai 1850 um Entfernung des amtlichen Schätzers, Benedikt Seiler, bei dem k. Landgerichte Mühldorf zu bitten.

Für den Fall, daß diesem Antrage nicht stattgegeben werden sollte, überreichten sie zugleich eine Beschwerde an das kgl. Appellationsgericht von Oberbayern dd. 5. präs. 8. Mai 1850, und unter demselben Datum bei diesem unmittelbar ein Perhorrescenzgesuch gegen das k. Landgericht Mühldorf mit der Bitte:

„die Vereinigung der Sache einem andern Gerichte, oder doch einem anderen Beamten statt des bisherigen Landrichters Wohlwend übertragen zu wollen."

Auf die von dem Untergerichte geschehene Vorlage der Akten hat jedoch das k. Appellationsgericht von Oberbayern durch Entschließung vom 14. Mai 1850 zur Entscheidung dieser Perhorrescenzbeschwerde sich für incompetent erklärt.

Math. Heider und Consorten wendeten sich hierauf mit einer Vorstellung vom 24. Mai 1850 an den k. Staatsrath, welcher jedoch denselben durch das k. Staatsministerium der Justiz gemäß allerhöchsten Rescripts vom 12. Juni 1850 ebenfalls wegen Unzuständigkeit die Abweisung bedeuten ließ.

Advokat Benl zu Mühldorf, Anwalt des Math. Heider und Consorten, stellte nun am 22. September 1850 an den obersten Gerichtshof die Bitte um Entscheidung eines vorliegenden Competenz-Conflikts, da sowohl das k. Appellationsgericht von Oberbayern, als der k. Staatsrath in dieser Sache sich nicht für zuständig erklärt hätten.

Mit Bericht des k. Appellationsgerichts von Oberbayern vom 8. präs. 13. März 1851 wurde dieses Gesuch nebst Akten anher vorgelegt, worauf, da eine Ergänzung

derselben oder eine weitere Instruktion in dieser Sache nicht nöthig schien, von dem Präsidium des obersten Gerichtshofes zur öffentlichen Verhandlung auf heute Freitag den 9. Mai 1851 Termin anberaumt, und den Betheiligten davon Kenntniß ertheilt wurde.

Bei der nun heute stattgehabten öffentlichen Sitzung wurde von dem zum Berichterstatter ernannten Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart die Sache vorgetragen, und dabei die erheblichen Aktenstücke verlesen.

Von Seite der Grundholden ist Niemand erschienen, dagegen fand sich als Vertreter des Gutsbesitzers von Link der k. Advokat Dr. Buchner von München ein, welcher, nachdem er sich durch Vollmacht des v. Link dd. 7. Mai 1851 legitimirt hatte, nach weiterer Erörterung den Antrag stellte: das Gesuch des Advokaten Benl wegen Unzuständigkeit des Competenzconflikts-Senates abzuweisen, eventuell die Competenz der Justizbehörde in dieser Sache auszusprechen.

Hierauf nahm der Generalstaatsanwalt das Wort, und stellte nach kurzer Darlegung seiner Ansicht ebenfalls den Antrag: die Unzuständigkeit des Competenzconflikts-Senates auszusprechen.

Diesem Antrage mußte auch entsprochen werden; denn es hat zwar das k. Appellationsgericht von Oberbayern unterm 14. Mai 1850 zur Entscheidung der dahin gebrachten Beschwerden sich für unzuständig erklärt; allein der k. Advokat Benl hat nun statt eine Abhilfe seiner Beschwerden bei der dem k. Landgerichte Mühldorf zunächst vorgesetzten Administrativbehörde, der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, zu suchen, sich an den k. Staatsrath mit der Bitte gewendet, aussprechen zu wollen:

„daß das k. Appellationsgericht von Oberbayern zur Entscheidung der an dasselbe gebrachten Beschwerden zuständig sei.“

Der k. Staatsrath konnte jedoch nach dem ihm in der k. Verordnung vom 18. November 1825 Tit. II. §. 7 zu-

gewiesenen Wirkungskreise zur Entscheidung der gegen den oben erwähnten Ausspruch des k. Appellationsgerichts von Oberbayern erhobenen Beschwerde sich nicht für competent erachtet, und hat daher diese Beschwerde ebenfalls wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

Diesem gemäß liegt in gegenwärtiger Sache eine Entscheidung, und zwar eine die Zuständigkeit ablehnende Entscheidung der zunächst hiezu berufenen Administrativbehörde, der k. Regierung von Oberbayern, noch gar nicht vor, daher von einem verneinenden Competenz-Conflikte nach Art. 10 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 hier offenbar keine Rede seyn kann, weßwegen die von Advokat Benl hierher gebrachte Beschwerde von dem zur Entscheidung der Competenz-Conflikte formirten oberstrichterlichen Senate gleichfalls wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden mußte.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 9. Mai 1851, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident, von Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, v. Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, von Schubert, Ministerialrath, Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, dann von Volk, General-Staatsanwalt und Oberappellations-Gerichts-Sekretär Paulus.

Unterzeichnet sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# VII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 9. Mai 1851 bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung, Kammer des Innern, von Oberfranken wegen des in Sachen der k. Stiftungsverwaltung der von Aufsees'schen Seminärstiftung Prügel zu Weismain gegen mehrere Grundholden wegen Fixation der Handlöhne obwaltenden Competenz-Confliktes.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 31, S. 697—703.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung, Kammer des Innern, von Oberfranken wegen des in Sachen der k. Stiftungsverwaltung der v. Aufsees'schen Seminärstiftung Prügel zu Weismain gegen mehrere Grundholden wegen Fixation der Handlöhne obwaltenden Competenz-Conflikts zu Recht:

„daß zur Entscheidung der von der k. Stiftungsverwaltung erhobenen Beschwerde d. d. 13. Juni 1850 das k. Appellationsgericht von Oberfranken competent sei."

**Gründe:**

In Folge des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 Art. XV. hat die k. Stiftungsverwaltung der v. Aufsees'schen Seminärstiftung Prügel zu Weismain hinsichtlich der im Landgerichtsbezirke Lichtenfels liegenden zu ihr handlohnbaren Realitäten auf Fixation der Handlöhne angetragen, um solche sodann an die Ablösungskasse überweisen zu können.

Da jedoch bei einigen Grundholden bezüglich der in ihrem Besitze befindlichen 13 handlohnbaren Objecte eine gütliche Uebereinkunft nicht erzielt werden konnte, so beschloß das k. Landgericht und Rentamt Lichtenfels am 5. Oktober 1849, jene handlohnbaren Objecte einer neuerlichen Schätz-

ung zu unterstellen, und aus dem hiedurch ermittelten Werthe derselben das Handlohnsfixum mit Zugrundlage des 7⅛ procentigen Maßstabes festzusetzen.

Die von dem Gerichte und den Betheiligten erwählten 5 Schätzer übergaben das Schätzungsprotokoll am 6. Mai 1850, von welchem nun die Interessenten am 10. ejusd. in Kenntniß gesetzt wurden.

Das Circular hierüber wurde dem Stiftungsverwalter Hofmann am 4. Juni 1850 zugestellt, worauf derselbe bereits unterm 5. pr. 6. ejusd. die Berufung anmeldete und am 13. d. Mts. zu Protokoll ausführte, mit der Bitte,

> „die Schätzung, zu welcher er gar nicht geladen worden sei, und welche sich auch sonst nicht rechtfertigen lasse, aufzuheben und eine neue Abschätzung anzuordnen."

Das Appellationsgericht von Oberfranken hat sich aber zur Entscheidung dieser Berufung nicht für competent erachtet und dieselbe daher durch Erkenntniß vom 6. August 1850 abgewiesen.

Die Stiftungsverwaltung überreichte nun am 19. pr. 21. August 1850 eine Berufung an die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, welche jedoch durch Entschließung vom 20. November 1850 zur Entscheidung der erhobenen Beschwerde sich ebenfalls für unzuständig erklärte.

In Folge dessen wurde von der k. Stiftungsverwaltung Prügel unterm 11. pr. 13. Dezember 1850 bei dem k. Landgerichte Lichtenfels der Competenz-Conflikt angeregt.

Nachdem die Akten an den Staatsanwalt des obersten Gerichtshofes eingesendet und von diesem vorgelegt worden waren, ist zur öffentlichen Verhandlung Tagsfahrt auf den 9. d. Mts. anberaumt, und dieß den Betheiligten mit der Eröffnung bekannt gemacht worden, daß es ihnen freistehe, sich hiebei durch Anwälte vertreten zu lassen.

In heutiger öffentlicher Sitzung wurde nun von dem zum Berichterstatter ernannten Oberappellationsgerichtsrathe

Eisenhart die Sache unter Verlesung der erheblichen Aktenstücke zum Vortrage gebracht.

Da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen ist, nahm der Generalstaatsanwalt das Wort und stellte nach näherer Beleuchtung der Sache den Antrag, auszusprechen,

> „daß das k. Appellationsgericht von Oberfranken über die Beschwerde der Stiftungsadministration Prügel zu erkennen competent sei".

Bei erfolgter Würdigung der vorliegenden Anträge mußte die Zuständigkeit des k. Appellationsgerichts von Oberfranken ausgesprochen werden, denn:

1) Im §. 19 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten betreffend, ist bezüglich des Verfahrens bei Fixirung der Grundlasten auf die hier wegen erlassene besondere Instruktion hingewiesen.

2) In dieser Instruktion vom 17. Juni 1848 ist im §. 12 Abs. 3 bezüglich der neuerlichen Schätzungen, welche zum Behufe der Fixirung der Handlöhne nothwendig werden, auf die Bestimmung des Art. 11. Ziff. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 und zwar nicht bloß auf einen Absatz, sondern seinem ganzen Inhalte nach hingewiesen.

   Nun ist aber die daselbst gegebene Bestimmung bezüglich der Art der Vorname der Schätzungen eine allgemeine, indem es gleich im Eingange des Ziff. 4 heißt:

   > „diese so wie alle in gegenwärtigem Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen 2c."

   und da im Abs. 3 daselbst bezüglich der Entscheidung der Schätzer überhaupt verordnet ist, daß gegen solche eine Berufung an das Appellationsgericht binnen 14 Tagen stattfinde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Bestimmung auch bei den Schätzungen zum Behufe der Handlohnsfixirungen Anwendung finden, und daß sohin auch in solchen Fällen die Berufung an das Appellationsgericht gebracht werden müsse.

3) Es wäre auch ganz abnorm und gar kein zureichender Grund dafür aufzufinden, warum nach dem Ablösungs-Gesetze das Verfahren bezüglich der erforderlichen Schätzung zum Behufe der Fixation unständiger Lasten eines und dasselbe, das Rechtsmittel gegen den Ausspruch der Schätzer aber je nach Verschiedenheit des Gegenstandes der unständigen Abgaben an verschiedene Stellen verwiesen seyn sollte.

4) Der §. 19. des Ablösungsgesetzes, in welchem verordnet ist, daß die Fixirung der Grundlasten von den Distrikts-Polizeibehörden in Gemeinschaft mit den k. Rentämtern vollzogen werde und die Berufung gegen deren Beschlüsse an die k. Regierung, Kammer des Innern, geht, steht hierin nicht entgegen, denn diese Bestimmung hat das Geschäft der Fixirung selbst zum Gegenstande, berührt aber das vorbereitende Verfahren bei Schätzungen, bezüglich welcher im §. 11 Ziff. 4 specielle Bestimmungen gegeben sind, durchaus nicht, und kann daher auf die Ausnahmsbestimmung, gemäß welcher Berufungen gegen die Entscheidung der Schätzer der Competenz der Appellationsgerichte zugewiesen sind, von keinem Einflusse seyn.

Diesem gemäß mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 9. Mai 1851, wobei zugegen waren: Frhr. v. Gumppenberg, I. Präsident, v. Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, v. Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, v. Schubert, Ministerialrath, Cucumus, Oberappellrath, dann v. Volk, Generalstaatsanwalt, und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus als Protokollführer.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# VIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 9. Mai 1851 bezüglich des in Sachen der Gutsbesitzer zu Fuchsstadt gegen die freiherrlich v. Groß'sche, v. Redwitz'sche und v. Zu-Rhein'sche Gutsherrschaft zu Rottenbauer wegen Weiderechtsablösung, nun Festsetzung der Entschädigungssumme zwischen den Verwaltungs- und Justizbehörden, vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflíktes.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 31, S. 703—711.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des in Sachen der Gutsbesitzer zu Fuchsstadt gegen die freiherrlich v. Groß'sche, v. Redwitz'sche und v. Zu-Rhein'sche Gutsherrschaft zu Rottenbauer wegen Weiderechtsablösung, nun Festsetzung der Entschädigungssumme zwischen den Verwaltungs- und Justizbehörden vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflíktes zu Recht:

„daß über den Antrag der Güterbesitzer von Fuchsstadt vom 4. September 1849 zu verfügen oder zu entscheiden die Administrativbehörden competent seien."

**Gründe:**

Die Güterbesitzer von Fuchsstadt haben in Folge des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Aufhebung der standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, dann die Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten betreffend, beschlossen, das auf Fuchsstadter Markung der freiherrlich v. Groß'schen, v. Redwitz'schen und v. Zu-Rhein'schen Gutsherrschaft zu Rottenbauer zustehende Weiderecht abzulösen, und sofort am 8. Jänner 1849 beim k. Landgerichte Ochsenfurt die Einleitung des dießfallsigen Verfahrens beantragt.

Den beim genannten Landgerichte geflogenen Verhand-

lungen zufolge ist der jährliche Reinertrag des abzulösenden Weiderechts auch bereits ermittelt; ob nun aber dieser auf 290 fl. festgestellte jährliche Reinertrag behufs der Ermittlung der Ablösungssumme im achtzehnfachen oder im fünfundzwanzigfachen Betrage zu berechnen sei, darüber sind die Betheiligten noch in Differenz, und soll Entscheidung erlassen werden.

Auf einen von den Güterbesitzern zu Fuchsstadt unterm 4. September 1849 zu Protokoll gestellten Antrag, die Entschädigungssumme nach Art. 23 des oben allegirten Gesetzes mit dem achtzehnfachen Betrage, sohin zur Summe von 5,220 fl. festzusetzen, hatte das k. Landgericht Ochsenfurt als Administrativbehörde mittels Entschließung vom 4. Oktober 1849 ausgesprochen, daß diesem Antrage entsprechend das Ablösungskapital regulirt und auf 5,220 fl. festgesetzt werde.

Hiegegen hat die Gutsherrschaft zu Rottenbauer die Berufung an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg eingewendet, und Erhöhung des Ablösungskapitals zum füufundzwanzigfachen Betrage des Reinertrages, sohin auf 7250 fl. beantragt. Die genannte Regierung hat aber sonach unterm 16. März 1850 Entschließung dahin erlassen, daß der Beschluß des Landgerichts Ochsenfurt wegen mangelnder Zuständigkeit als nichtig aufgehoben, und die Austragung dieser Streitsache auf den Civilrechtsweg verwiesen werde.

In den Motiven zu dieser Entschließung ist angeführt, daß, wenn auch im Art. 5 des oben bezeichneten Gesetzes die Ermittlung und Feststellung der Entschädigung den Culturs-Behörden zugewiesen sei, hiefür doch in den Gebietstheilen des ehemaligen Großherzogthumes Würzburg nur die Civil-Gerichte als zuständig erachtet werden könnten, da dort die bayerischen Cultursverordnungen nicht eingeführt wurden, sohin auch keine Cultursbehörden bestehen, die Streitigkeiten über Ablösung von Hut- und Weiderechten fortwährend zur Competenz der Justizbehörden gehörten, durch den oben angeführten Art. 5 hieran nichts geändert sei, und hienach die

Zuständigkeit der Civilgerichte für die Ablösung der Weide-Rechte, resp. Ermittelung des Entschädigungskapitals, dortselbst als begründet um so mehr fortbestehe, als auch gemäß Art. 11 des erwähnten Gesetzes gegen Entscheidungen der Schätzer die Berufung an das betreffende Appellationsgericht gehe.

Als hierauf diese Angelegenheit durch die Güterbesitzer zu Fuchsstadt beim k. Landgerichte Ochsenfurt in weitere Anregung gebracht wurde, sprach jedoch dieses durch Beschluß vom 23. April 1850 aus, daß es sich als Justizbehörde nicht für competent erachte, die Sache zum Civilrechtswege zu ziehen, und als solche über die Frage, nach welchem Maßstabe das Ablösungskapital festgesetzt werden soll, zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Güterbesitzer zu Fuchsstadt haben sofort mittels eines beim k. Landgerichte Ochsenfurt eingereichten Gesuches de praes. 6. Jänner d. Js. unter Bezugnahme auf das Gesetz über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 den obersten Gerichtshof um Entscheidung des vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts angerufen; es ist dieses Anrufen von besagtem Landgerichte den Betheiligten zur Einreichung von Denkschriften mitgetheilt, und sind sofort, da Denkschriften nicht eingekommen sind, die betreffenden Akten an den obersten Gerichtshof eingesendet, und von diesem zur Verhandlung dieser Competenzsache auf heute öffentliche Sitzung anberaumt worden.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden, worauf dann, da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, auszusprechen, daß die k. Regierung von

Unterfranken und Aschaffenburg competent sei, über die Festsetzung der Ablösungssumme zu erkennen.

Diesem Antrage war auch insoweit stattzugeben, daß die Administrativbehörden hier als zuständig erklärt werden mußten, über den Antrag der Güterbesitzer von Fuchsstadt vom 4. September 1849 zu verfügen oder zu verbescheiden; denn

1) das schon oben allegirte Gesetz vom 4. Juni 1848 weiset die Ermittlung und Feststellung der Entschädigungs-Summe für abzulösende Weiderechte im Art. 5, Abs. 3 ausdrücklich den Culturbehörden zu, und setzt dann im Art. 19, wo es vom Verfahren handelt, fest, daß die Fixirung der Grundlasten von den Distriktspolizeibehörden in Gemeinschaft mit den k. Rentämtern im summarischen Verfahren vollzogen werden und die Berufung gegen derlei Beschlüsse an die k. Regierung, Kammer des Innern, gehen soll;

2) die Thätigkeit der Civilgerichte beschränkt dieses Gesetz in den vorerwähnten Beziehungen ganz speziell nur auf die im Art. 11, Nr. 3 und 4 angeführten drei Fälle, nämlich:

   a) auf Entscheidung der von den Pflichtigen gegen die Richtigkeit der Rechnungen erhobenen Einwendungen,

   b) auf Ernennung eines fünften Sachverständigen bei Bestellung von Sachverständigen, wenn zur Schätzung geschritten werden muß, und

   c) auf Entscheidung der gegen den Ausspruch der Schätzer gestatteten Berufung und nur wo das Recht und der Umfang der zu fixirenden Reichnisse bestritten ist, erklärt es im Art. 20, bleibe der Rechtsweg vorbehalten;

3) in vorliegender Sache handelt es sich, dem von den Güterbesitzern zu Fuchsstadt unterm 4. September 1849 gestellten Antrage zufolge, dermalen lediglich davon, die Ablösungssumme aus dem bereits ermittelten jährlichen Reinertrage des betreffenden Weiderechts zu reguliren und festzustellen, sohin von keinem jener Ausnahmsfälle,

in welchen das angeführte Gesetz die Civilgerichte thätig seyn läßt, und es erscheint hienach um so minder statthaft, die Verfügung oder Verbescheidung über diesen Antrag den Civilgerichten zuzuweisen, und die Wirksamkeit der Civilgerichte über die dort bestimmten Ausnahmsfälle hinaus auszudehnen, als dieß der Tendenz des besagten Gesetzes, welches seinem Wesen nach ein Culturgesetz und nach nationalökonomischen Grundsätzen gegeben ist, mit dessen Vollzug laut der Schlußbestimmung die Staatsminister des Innern und der Finanzen beauftragt sind, ganz offenbar zuwiderlaufen würde;

4) wenn übrigens auch in den Gebietstheilen des ehemaligen Großherzogthums Würzburg die in den ältern Kreisen des Königreichs geltenden Cultursverordnungen nicht zur Publikation gelangt sind, auch einige jener Angelegenheiten, von welchen das Gesetz vom 4. Juni 1848 handelt, und welche dieses Gesetz den Administrativbehörden zuweist, dort früher von den Civilgerichten verhandelt und entschieden worden sind, so kann deßhalb noch keineswegs angenommen werden, daß auch jetzt die Civilgerichte hiefür noch zuständig seien, und noch minder, daß in den erwähnten Gebietstheilen die Civilgerichte die Culturbehörden seien: denn, indem erwähntes Gesetz im Art. 5 die hier in Frage stehende Angelegenheit den Culturbehörden ausdrücklich zuweiset, erklärt es damit dieselbe auch für eine Cultursache, und hiemit die Zuständigkeit derjenigen Behörden begründet, welchen nach den Competenznormen für die Verwaltungsstellen in den Kreisen die Erledigung der Culturstreitigkeiten zugewiesen ist.

Den vorangeführten Verhältnissen gemäß mußte demnach, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 9. Mai 1851, wobei zugegen waren: der I. Präsident, Freiherr von Gumppen-

berg, Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichts-Rath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Cucumus, der k. Generalstaatsanwalt v. Volk und der k. Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## IX.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Mai 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Apellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der k. Pfarrei Mistelbach und dem Bauern Johann Roß zu Eckersdorf.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 32, S. 721—727.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der k. Pfarrei Mistelbach und dem Bauern Johann Roß zu Eckersdorf:

„daß das k. Appellationsgericht von Oberfranken competent sei, die Berufung des k. Pfarrers Herrmann zu Mistelbach gegen den Ausspruch der Schätzer vom 19. Juni 1850 zu entscheiden."

**Gründe:**

J. G. Roß, minderjähriger Sohn des Bauern Johann Roß zu Eckersdorf, besitzt $1\frac{5}{8}$ Tagwerk Wiese, die untere

Au, welche zur Pfarrei Mistelbach mit 10 pCt. handlohnbar ist. Zum Behufe der Fixation dieses Handlohns vereinigten sich die Parteien über die Abschätzung des Grundstücks, weil ein rechnungsmäßiger Nachweis nicht hergestellt werden konnte. Jede der Parteien brachte zwei Schätzer in Vorschlag, und das k. Landgericht Bayreuth ernannte den fünften. Diese fünf Schätzer übergaben das Resultat der von ihnen vorgenommenen Abschätzung dem k. Landgerichte, welches dasselbe den Betheiligten am 30. August 1850 eröffnete, worauf Pfarrer Herrmann von Mistelbach am 12. praes. 13. September die Berufung an das k. Appellationsgericht von Oberfranken ergriff mit der Bitte: die vorliegende Schätzung als gesetzwidrig vorgenommen zu verwerfen, oder dieselbe wenigstens wegen Mangelhaftigkeit aufzuheben und eine andere anzuordnen. Es erfolgte jedoch unter dem 12. November 1850 das appellationsgerichtliche Erkenntniß: daß die gegen die Entscheidung der Schätzer eingeführte Berufung wegen Mangels der Competenz abgewiesen werde. Die Entscheidungsgründe bestanden im Wesentlichen darin, daß das Gesetz vom 4. Juni 1848, die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten betreffend, bei Fixirung des Handlohns eine Schätzung in der im Art. 11, Abs. 4 bezeichneten Art und Weise nicht vorschreibe, die Competenz des Appellationsgerichts als Berufungs-Instanz gegen die Entscheidung der Schätzer aber nur auf die nach Art. 11, Abs. 4 vorzunehmenden Schätzungen beschränkt sei, in andern Fällen sohin die Vorschrift des Art. 19 eintrete. Aber auch von der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, wurde durch Entschließung vom 21. Januar 1851 die Competenz zur Entscheidung der Beschwerde gegen den Ausspruch der Schätzer abgelehnt, und zwar unter Beziehung auf Art. 11, Nr. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1848. Mit Eingabe des Advokaten Käfferlein vom 4. praes. 8. Februar 1851 wurde hierauf Namens des k. Pfarrers Herrmann der Competenz-Conflikt angeregt, hierauf nach Maßgabe des

Art. 12 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, betreffend die Competenz-Conflikte, verfahren, Denkschriften jedoch wurden nicht eingereicht.

Nachdem die Sache in heutiger Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der k. General-Staats-Anwalt den Antrag auf ein die Competenz des k. Appellationsgerichts von Oberfranken aussprechendes Erkenntniß stellte.

Bei Prüfung der vorgebrachten Gründe ergab sich:

1) Die Art der Festsetzung der Besitzveränderungsreichnisse hat sich gemäß Art. 15, Abs. 2 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 zwar nach den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Juni 1832, die Fixirung und Ablösung der unständigen Besitzveränderungsgefälle des Staats betreffend, zu richten. Aber auch diese Verordnung schreibt vor, daß subsidiär, wenn die angeordnete Ermittlungsweise nicht eintreten kann, eine neue Schätzung zum Behufe der Handlohnsfixirung zu veranstalten ist. Da nun

2) das Gesetz vom 4. Juni 1848 die in der Verordnung vom 19. Juni 1832 enthaltenen Bestimmungen über die Art der Festsetzung der fraglichen Reichnisse adoptirt hat, so sind nunmehr diese Bestimmungen, obgleich ursprünglich nur für Reichnisse an den Staat gegeben, ein Bestandtheil des Gesetzes vom 4. Juni 1848 selbst, und die gemäß jener Verordnung subsidiär zu veranstaltende Schätzung stellt sich sohin auch als eine durch dieses Gesetz jetzt vorgeschriebene Schätzung dar. Nun aber

3) heißt es in Nr. 4 des Art. 11 des Gesetzes v. 4. Juni 1848 ausdrücklich, daß diese (nämlich die Zehentschätzungen) wie alle übrigen im gegenwärtigen Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen nach Maßgabe der in Nr. 4 enthaltenen Bestimmungen vorgenommen werden sollen. Hieraus folgt unzweifelhaft, daß, wenn bei der

Handlohnsfixirung der Fall eintritt, für welchen die Verordnung von 1832 die Schätzung anordnete, diese jetzt, wie es auch vorliegend geschah, lediglich nach den Vorschriften des Gesetzes von 1848, Art. 11, Nr. 4 zu vollziehen ist, daß sohin gegen die Entscheidung der Schätzer auch die Berufung an das k. Appellationsgericht stattfindet. Damit

4) stimmt endlich auch die Instruktion vom 17. Juni 1848 zu dem Gesetze vom 4. Juni 1848 überein. Der §. 12, Abs. 3 derselben sagt ausdrücklich, daß bei der gemäß der Verordnung vom 19. Juni 1832 (subsidiär) stattfindenden Schätzung nach Art. 11, Nr. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 zu verfahren ist, und es wird dabei noch insbesondere auch auf den §. 9 der Instruktion hingewiesen, woselbst es heißt: glaubt ein Betheiligter nachweisen zu können, daß es dem Ergebniß der Schätzung an richtigem inneren Zusammenhange fehle: so steht es ihm frei, auf gerichtliche Verwerfung derselben anzutragen, in welchem Falle sodann das Weitere den Gerichten zusteht.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung am siebenundzwanzigsten Mai achtzehnhundert einundfünfzig, wobei zugegen waren: der I. Präsident Freiherr v. Gumppenberg, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichts-Rath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Gerneral-Staatsanwalt von Volk und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## X.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Mai 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der k. Pfarrei Mistelbach und den J. A. Zimmermann'schen Relikten daselbst.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 32, S. 727—731.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der k. Pfarrei Mistelbach und den J. A. Zimmermann'schen Relikten daselbst;

„daß das k. Appellationsgericht von Oberfranken competent sei, die Berufung des k. Pfarrers Herrmann zu Mistelbach gegen den Ausspruch der Schätzer vom 19. Juni 1850 zu entscheiden."

### Gründe:

Die J. A. Zimmermann'schen Relikten zu Mistelbach besitzen sechs Grundstücke, welche der Pfarrei daselbst mit 10 pCt. handlohnbar sind. Zum Behufe der Fixation dieses Handlohns stellten die Betheiligten den Antrag auf Abschätzung der Grundstücke, weil ein rechnungsmäßiger Nachweis nicht zu Gebot stand.

Die Abschätzung wurde am 19. Juni 1850 durch fünf Schätzer bewirkt, von welchen jede der Parteien zwei, und das Landgericht Bayreuth den fünften ernannt hatte. Gegen das am 30. August 1850 den Betheiligten eröffnete Resultat der Schätzung legte jedoch Pfarrer Herrmann von Mistelbach am 12. praes. 13. September die Berufung an das k. Appellationsgericht von Oberfranken ein mit der Bitte,

diese Schätzung als gesetzwidrig vorgenommen zu verwerfen, oder dieselbe doch wegen Mangelhaftigkeit aufzuheben und eine andere anzuordnen. Diese Berufung wurde aber durch Erkenntniß vom 12. November 1850 wegen Mangels der Competenz abgewiesen, weil die Competenz der Appellationsgerichte als Berufungsinstanz gegen die Entscheidung der Schätzer gemäß Art. 11, Abs. 4 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 nur auf die nach diesem Artikel vorzunehmenden Schätzungen beschränkt sei; in anderen Fällen aber die Vorschrift des Art. 19 eintrete. Allein durch die Entschließung vom 21 Januar 1851 sprach auch die k. Regierung von Oberfranken ihre Incompetenz aus, worauf von Seite des k. Pfarrers Herrmann der Competenz-Conflikt angeregt, nach Maßgabe des Art. 12 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, instruirt, Denkschriften jedoch nicht eingereicht wurden.

Nachdem die Sache in heutiger Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, vom Generalstaats-Anwalt der Antrag auf ein, die Competenz des k. Appellationsgerichts v. Oberfranken aussprechendes Erkenntniß gestellt wurde.

Die Competenz des k. Appellationsgerichts erscheint begründet; denn das Gesetz vom 4. Juni 1848 verweiset im Art. 15, Abs. 2 auf die Verordnung vom 19. Juni 1832, die Fixirung und Ablösung der unständigen Besitzveränderungsgefälle des Staates betreffend. Die Bestimmungen dieser Verordnung über die Art der Festsetzung der fraglichen Reichnisse machen sonach einen Bestandtheil des Gesetzes vom 4. Juni 1848 selbst aus, und die gemäß jener Verordnung subsidiär zu veranstaltende Schätzung stellt sich sonach auch als eine durch dieses Gesetz nunmehr vorgeschriebene Schätzung dar.

Nun aber heißt es in Art. 11, Nr. 4 desselben ausdrücklich, daß diese (nämlich die Zehentschätzungen) wie alle übrigen im gegenwärtigen Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen

nach den in Nr. 4 enthaltenen Vorschriften sich richten sollen. Hieraus folgt, daß, wenn bei der Handlohnsfixirung der Fall eintritt, für welchen die Verordnung von 1832 die Schätzung anordnete, diese jetzt, wie es vorliegend auch geschah, nur nach Maßgabe des Art. 11, Nr. 4 des Gesetzes von 1848 zu vollziehen ist, daß sohin gegen die Entscheidung der Schätzer auch die Berufung an das Appellationsgericht stattfindet. Damit stimmt endlich auch die Instruktion vom 17. Juni 1848 zu dem Gesetze vom 4. Juni 1848 in §. 12, Abs. 3 vollkommen überein.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung am 27. Mai 1851, wobei zugegen waren: der erste Präsident Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, General-Staatsanwalt v. Wolf, Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterzeichnet sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Mai 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken und dem k. Landgerichte Hof in Sachen des Christian Reinhardt von Hof gegen die Wittwe Margaretha Meinel daselbst, nun deren Rechtsnachfolger, Baustreit betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 32, S. 731—738.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken und dem

k. Landgerichte Hof in Sachen des Christian Reinhardt von Hof gegen die Wittwe Margaretha Meinel daselbst, nun deren Rechtsnachfolger, Baustreit betreffend:

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben sei, die Sache daher wegen Incompetenz hierorts abgewiesen werde."

## Gründe:

Der Schieferdeckermeister Christian Reinhardt in Hof erhielt die polizeiliche Erlaubniß, auf den von dem Gastwirthe Wächter und von der Wittwe Meinel daselbst erkauften Brandstätten eine Scheune mit einem Einfahrtthor auf der Nord- und einem zweiten auf der Südseite zu erbauen. In Folge einer durch die k. Bauinspektion veranlaßten Abänderung des ersten Bauplans war aber auch ein bisher von der Wittwe Meinel für ihre Scheune benützter Fahrweg zu dem Scheunenbau des Reinhardt gezogen worden, weßwegen dieselbe ihre Einwilligung in die Ueberbauung der Brandstätte wieder zurücknahm, und die Untersagung des Baues beantragte. Die hiedurch veranlaßten Verhandlungen erledigten sich jedoch durch einen am 29. Juni 1849 zwischen Reinhardt und der Wittwe Meinel vor dem Stadtmagistrate Hof geschlossenen Vergleich, welchem zufolge Reinhardt zwar nach dem von der Bauinspektion gemachten Plan bauen, an der Scheune aber kein Einfahrtthor auf der Nordseite, wo die Meinel'sche Scheune anstoßt, sondern nur ein Thor auf der Südseite anbringen sollte. Allein schon am 30. Juni erklärte Reinhardt, daß es bei dieser Uebereinkunft nicht bewenden könne, weil er sich überzeugt habe, daß die Scheune ohne das Thor an der Nordseite nicht zu benützen wäre.

Nach vorgenommenem Augenscheine mit Zuziehung von Sachverständigen, wobei sich jene Behauptung nicht als gegründet erwieß, erfolgte dann am 26. Juli 1849 der magistratische Beschluß, daß Reinhardt dem Vergleiche vom

29. Juni gemäß das Thor auf der Nordseite der Scheune zu vermauern habe.

Durch Regierungsentschließung vom 15. Mai 1850 wurde dieser Beschluß bestätigt.

Reinhardt betrat nun den Rechtsweg mit einer am 22. Juli 1850 bei dem Landgerichte Hof gegen die Meinel eingereichten Klage wegen Eigenthumsbeschränkung.

Der Magistrat bestand zwar auf dem Vollzuge des Beschlusses vom 26. Juli 1849, in Folge des von Reinhardt gegen die deßfallsige Verfügung vom 4. September 1850 ergriffenen Recurses erging jedoch die Regierungsentschließung vom 18. September 1850 dahin, daß von der Vermauerung des Thores vorerst Umgang genommen, und der Vollzug des Beschlusses vom 26. Juli 1849 bis zum Ausgange des Rechtsstreites dadurch effectuirt werden könne, daß durch polizeilichen Verschluß die Benützung des Thores verhindert würde. Motiv war, daß des anhängig gewordenen Civil-Prozesses ungeachtet auf dem Beschlusse vom 26. Juli 1849 in so lange beharrt werden müsse, bis Reinhardt durch rechtskräftiges richterliches Erkenntniß oder durch eine richterliche Provisionalverfügung die Befugniß zur Arbringung des Thores erhalten habe, und hiermit das durch den Widerspruch des Adjacenten hervorgerufene privatrechtliche Hinderniß beseitigt sei.

In der Klage des Reinhardt aber wurde unter Bestreitung der Rechtsgiltigkeit des Vergleiches vom 29. Juni 1849 unter andern vorgebracht, daß der Platz vor der Scheune auf der Nordseite Eigenthum der Stadtgemeinde Hof sei, daß der von der Meinel an den Kläger verkaufte Bauplatz ein Recht der Fahrt über dieses Gemeindeeigenthum habe, und daß die abgebrannte Scheune auf derselben nördlichen Seite die Einfahrt ebenfalls gehabt habe. Zudem schließe die Eigenschaft des Platzes als Gemeindeeigenthums ein alleiniges Benützungsrecht von Seite der Beklagten aus, und lasse vielmehr eine allgemeine Benützung, insbesondere

der Angrenzenden zu. Das Petitum wurde auf das Erkenntniß gerichtet, daß Kläger nicht schuldig sei, sein Eigenthum zum Besten der Beklagten einzuschränken, ihm vielmehr ein Fahrtrecht von mitternächtiger Seite zu der Scheune über den anliegenden Gemeindeplatz zustehe.

Nach verhandelter Sache erkannte aber das Landgericht Hof am 2. November 1850: Die Verklagte werde von der Klage entbunden. Den Entscheidungsgründen zufolge beruhte dieses Erkenntniß im Wesentlichen auf der Annahme, daß es sich von der Benützung eines öffentlichen Platzes handle, daß die Befugniß dazu aber nicht aus einem Privatrechtsverhältnisse entspringe, daß sohin auch die Behauptung, Kläger erleide durch ein polizeiliches Verbot eine Einschränkung seines Eigenthums, zur Begründung einer Klage gegen Angrenzer nicht dienen könne, diese Frage vielmehr außer der Competenz des Richters liege, und derartige Beschwerden nicht in das Gebiet der Civilprozeßsachen gehören.

Dieses Erkenntniß wurde dem Anwalte des Klägers am 11. November zugestellt, und am 11. Dezember 1850 reichte derselbe bei dem k. Landgerichte Hof das Gesuch betreffend die Anregung des Competenz-Conflíktes dd. 29. November 1850 ein, mit dem Antrage, unter Aufhebung des Erkenntnisses vom 2. November 1850 das k. Landgericht Hof als zuständig zu erklären.

Derselbe Antrag wurde in der am 20. Jänner 1851 eingebrachten Denkschrift wiederholt, während in der Denkschrift des k. Advokaten Frhrn. v. Feilitzsch, Namens der Wittwe Meinel, nun deren Erbin, der Ehefrau des C. F. Gipser, das Erkenntniß verlangt wird, daß die Administrativbehörde zur Entscheidung der Sache competent sei.

Die k. Regierung von Oberfranken nimmt die Competenz der Justizbehörde als begründet an.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung am 26. Mai 1851 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vor-

trag, worauf der in Vertretung des Reinhardt erschienene k. Advokat Dr. Buchner den Antrag stellte auf ein die Competenz des k. Landgerichts Hof aussprechendes Erkenntniß.

Von Seite des k. General-Staatsanwaltes wurde primär die Abweisung des Gesuches beantragt, weil ein Competenz-Conflikt nicht vorliege; eventuell aber der Ausspruch der Competenz des k. Landgerichts Hof.

Aus dem dargestellten Sachverhältnisse ergibt sich, daß das k. Landgericht Hof seine Zuständigkeit als Justizbehörde in dieser Sache nicht abgelehnt hat. Das Erkenntniß vom 2. November 1850 beruht vielmehr auf der Voraussetzung der gerichtlichen Competenz; denn außerdem hätte dasselbe nicht die Entbindung von der Klage ausgesprochen, sondern es hätte diese wegen Incompetenz abgewiesen. Den Entscheidungsgründen zufolge war das Gericht der Ansicht, daß es der Klage an der rechtlichen Begründung gebreche, weil die Eigenschaft des Platzes vor der nördlichen Seite der Scheune als eines zugestandenermassen öffentlichen Platzes die Benützung von Seite des Klägers aus einem privatrechtlichen Titel ausschließe.

Diesem zufolge kommt es auf die Frage an, ob die Behauptungen des Klägers geeignet sind, die Klage zu begründen und ob in dieser Beziehung das klägerische Vorbringen vom Untergerichte richtig beurtheilt wurde.

Diese Frage aber war mittels Berufung an den durch den Instanzenzug bestimmten höheren Richter zu bringen, und nicht an den obersten Gerichtshof durch Anregung eines Competenz-Conflikts.

Es kann vorliegend weder von einem verneinenden, noch von einem bejahenden Competenz-Conflikte die Rede seyn, da das Untergericht die Sache nicht wegen Incompetenz abgewiesen, die k. Regierung aber zufolge der Entschließung vom 18. September 1850 den baupolizeilichen Beschluß vom 26 Juli 1849 nur aufrecht zu erhalten erklärt hat, bis Reinhardt ein richterliches Erkenntniß oder

eine richterliche Provisionalverfügung für sich erhalten haben wird.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung am 27. Mai 1851, wobei zugegen waren: Der I. Präsident Freiherr v. Gumppenberg, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt v. Volk, und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Mai 1851 in Sachen der Kirchengemeindeglieder zu Buttenheim gegen die Verwaltung der Kapellenstiftung Senftenberg wegen Unterstützung, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Bamberg I. betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 32, S. 738—747.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen der Kirchengemeindeglieder zu Buttenheim gegen die Verwaltung der Kapellenstiftung Senftenberg wegen Unterstützung, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Bamberg I. betreffend, zu Recht:

„daß die Justizbehörden zur Verhandlung und Entscheidung der Kläge vom 3. pr. 7. Februar 1850 zuständig seien."

**Gründe:**

Zur Ordnung des Schuldenwesens der Kirche Buttenheim hatte die k. Regierung von Oberfranken die Untercuratel zur Vorlage eines Schuldentilgungsplanes angewiesen, und, nachdem ein solcher vorgelegt worden war, diesen durch Entschließung vom 22. August 1833 dahin genehmigt, daß vom Jahre $18^{33}/_{34}$ an zur Abzahlung der in 8000 fl. bestehenden Passiven jährlich 400 fl. durch Gemeindeumlagen aufgebracht, und somit die Schulden der Pfarrkirche Buttenheim binnen 20 Jahren abgeführt werden sollten.

Zur Uebernahme der Deckung des jährlichen Deficits besagter Kirche zu 178 fl. 39 kr. 2 pf. hatten sich in der Folge die dahin eingepfarrten Gemeinden selbst bereit erklärt.

Demungeachtet erfolgte zur Erfüllung des Schuldenplanes keine Umlage, vielmehr suchte die Pfarrgemeinde Buttenheim, wie schon früher, durch wiederholte Vorstellungen und Beschwerden die Last der Concurrenz neuerdings von sich abzuwälzen, und stellte daher unterm 6. November 1845 bei der k. Regierung den Antrag:

> „daß die Summe von 1762 fl. 58 kr. 2 pf., welche sie gemäß Schuldentilgungsplan für die Jahre $18^{43}/_{44}$ bis $18^{45}/_{46}$ (mit Hinzurechnung des jährlichen Deficits zu 178 fl. 39 kr. 2 pf.) zu zahlen hätte, von der Kapelle Senftenberg übernommen, oder aus den Rentenüberschüssen katholischer Cultusstiftungen gedeckt werden möge."

Dieser Antrag wurde jedoch sowohl von der k. Regierung, als von dem k. Staatsministerium des Innern unter Beziehung auf frühere abweisende Entschließungen als unbegründet zurückgewiesen.

Nun betraten die Pfarrgemeindeglieder zu Buttenheim den Rechtsweg, indem sie unterm 3. pr. 7. Februar 1850 bei dem k. Landgerichte Bamberg I. gegen die Verwaltung der Kapellenstiftung Senftenberg eine Klage einreichten, in welcher sie auf den Grund eines vieljährigen und

selbst von der geistlichen Oberbehörde anerkannten Filialverbandes der Kapelle Senftenberg mit der Mutterkirche Buttenheim die Bitte stellten, auszusprechen:

> „daß die Kapelle Senftenberg als Tochterkirche der Kirche Buttenheim schuldig sei, diese mit ihren Rentenüberschüssen zu unterstützen, und dem zu Folge die Passivkapitalien zu 8000 fl., sowie das jährliche Deficit zu 178 fl. 39 kr. 2 pf. zu bezahlen."

Durch untergerichtliches Decret vom 13. Februar 1850 wurde das Duplicat dieser Klage der Verwaltung der Kapellenstiftung zur Abgabe der Exception mitgetheilt, und dieselbe zugleich beauftragt, mit der Exception auch den Streitconsens einzureichen.

Die k. Regierung, welche nun Kenntniß von der Sache erhielt, nahm gemäß Entschließung vom 27. April 1850 die Zuständigkeit in dieser Sache in Anspruch, wobei sie von der Ansicht ausging, daß die Frage, ob die Kapelle Senftenberg zur Unterstützung der Kirche Buttenheim verpflichtet sei, zur Erörterung und Entscheidung vor die Administrativbehörde gehöre, weil es sich hiebei um die Verwendung der Rentenüberschüsse einer Cultusstiftung handle, über welche verordnungsmäßig nur die Obercuratel zu verfügen habe.

Das k. Landgericht Bamberg I. bemerkte jedoch hierauf in seinem Berichte vom 8. Mai 1850:

> „es müsse als Justizbehörde die Ansicht festhalten, daß die Klage nicht a limine judicii abzuweisen, sondern zu gewärtigen sei, ob aus den beiderseitigen Vorbringen die Eigenschaft der Sache als administrative hervorgehe, oder ob im Justizwege weiter zu verfügen sei."

Hierdurch fand sich die k. Regierung von Oberfranken nach §. 5 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, veranlaßt, durch Entschließung vom 17. Juli 1850 das k. Landgericht Bamberg I. zu beauftragen, wegen des nun vorliegenden Copetenz-Conflikts das Geeig-

nete zu verfügen. In Folge dessen gelangten die Akten an den obersten Gerichtshof, welcher sofort die erforderliche Ergänzung derselben und die weitere Instruktion anordnete, worauf sodann — nachdem die Akten mit den von den Betheiligten eingekommenen Denkschriften wieder an den Generalstaatsanwalt, und, da weitere Ersetzungen nicht nöthig schienen, von diesem an das Präsidium des obersten Gerichtshofes vorgelegt worden waren, — zur öffentlichen Verhandlung der Sache Tagsfahrt auf den 26. Mai 1851 anberaumt, und den Parteien hievon Kenntniß ertheilt wurde.

Nach nun in öffentlicher Sitzung erfolgtem Aufrufe dieser Sache wurde von dem zum Berichterstatter ernannten Oberappellationsgerichtsrathe Eisenhart Vortrag erstattet, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden.

Von Seite der Pfarrgemeindeglieder Buttenheim war bei dieser Verhandlung ein Anwalt nicht erschienen, wohl aber hatte sich der k. Advokat Schleßing von Bamberg als Vertreter der Verwaltung der Kapellenstiftung Senftenberg eingefunden, welcher nach weiterer Erörterung der schon in seiner Denkschrift niedergelegten Ansicht den Antrag stellte, auszusprechen:

> „daß zur Entscheidung in dieser Sache die Administrativstellen zuständig seien."

Hierauf nahm der k. Generalstaatsanwalt das Wort, welcher nach umständlich motivirter Darlegung der Sache den schriftlichen Antrag übergab, zu erkennen:

> „daß das k. Landgericht Bamberg I. zur Verhandlung und Entscheidung der Klage der Pfarrkirche Buttenheim gegen die Kapellenstiftung Senftenberg competent sei."

Diesem Antrage mußte auch stattgegeben werden, denn die Pfarrgemeindeglieder zu Buttenheim behaupten in ihrer Klage:

> „daß die Kapelle Senftenberg wegen des bereits vieljährig bestehenden und selbst von der geistlichen Oberbehörde anerkannten Filialverbandes zur Pfarr-

kirche Buttenheim rechtlich verpflichtet sei, aus ihren Rentenüberschüssen die Passiven der letzteren zu 8000 fl. zu bezahlen, und das jährliche Deficit zu 178 fl. 39 kr. 2 pf. zu decken."

Abgesehen hier davon, ob durch diese Behauptung die Klage hinlänglich begründet ist, oder ob sie sogleich a limine judicii hätte abgewiesen werden können und sollen, auf welche Frage hier, wo bloß über die Zuständigkeit des angegangenen Richters zu entscheiden ist, nicht eingegangen werden kann, — bildet dieselbe für die erhobene Klage allerdings eine civilrechtliche Basis.

Die Kirchengemeinde Buttenheim hat hiebei selbst die Bestimmung der Verfassungsurkunde Tit. IV. §. 9 Abs. 4 für sich, nach welcher allen Religionstheilen das Eigenthum der Stiftungen und der Genuß ihrer Renten nach den ursprünglichen Stiftungsurkunden und dem rechtmäßigen Besitze für vollständig gesichert erklärt ist, dann Absatz 6 ibid. nach welchem die Kirchen und Stiftungen in ihren bürgerlichen Handlungen und Beziehungen, wie auch in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens den Gesetzen des Staates und den weltlichen Gerichten untergeben sind.

Da nun in vorliegender Klage die Pfarrkirche Buttenheim die Rentenüberschüsse der Kapellenstiftung Senftenberg, insoweit diese zur Zahlung ihrer Passiven, und zur Deckung des jährlichen Deficits nöthig sind, auf den Grund des obwaltenden Filialverbandes und des vieljährigen Besitzstandes bezüglich des Genusses jener Rentenüberschüsse in Anspruch nimmt, so stützt sich ihre Klage unzweifelhaft auf einen privatrechtlichen Titel, und die Verfolgung dieses Anspruches eignet sich nach der zuletzt angezogenen Verfassungsbestimmung vor die weltlichen Gerichte, somit vor die Justizbehörden, da unter dem Ausdrucke „Gericht" nur das ordentliche Richteramt verstanden werden kann.

Allerdings steht nach §. 61 der allerhöchsten Verordnung vom 9. Dezember 1825 der k. Regierung als Ad-

ministrativ- und Obercuratelbehörde die Aufsicht und Verfügung über das Kirchenvermögen, und nach der daselbst in Bezug genommenen II. Verfassungsbeilege §. 48 und 49 insbesondere die Befugniß zu, über die Rentenüberschüsse der Stiftung im Einverständnisse mit der geistlichen Behörde zu verfügen. — Allein diese Befugniß kann nur insoweit Platz greifen, als nicht der rechtliche Anspruch einer bestimmten Stiftung auf die fraglichen Rentenüberschüsse vorhanden ist, wie dieses in vorliegender Sache von der Pfarrgemeinde Buttenheim hinsichtlich der Rentenüberschüsse der Kapellenstiftung Senftenberg behauptet wird. In einem solchen Falle müssen nach der Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses und selbst nach der Bestimmung des erwähnten §. 48 vor allem die Bedürfnisse der Lokalstiftung gedeckt werden, so daß dann erst über den Mehrbetrag der Rentenüberschüsse zu Gunsten anderer Stiftungen von der Obercuratel verfügt werden kann.

Sind demnach — vorausgesetzt, daß die Kirche Buttenheim ihren Anspruch durchzusetzen vermag, — bei der Kapelle Senftenberg mehr Ueberschüsse vorhanden, als zur Zahlung der Passiven und zur Deckung des Deficits der Kirche Buttenheim erforderlich sind, so bleibt es der Obercuratel unbenommen, über dieselben competenzmäßig zu verfügen, daher dadurch, daß in gegenwärtiger Sache darüber entschieden werden soll, ob die Kirchengemeinde Buttenheim einen rechtlichen Anspruch auf die fraglichen Rentenüberschüsse habe, in die competenzmäßige Befugniß der k. Regierung keineswegs eingegriffen wird.

Die Klage der Pfarrgemeinde Buttenheim, so ferne sie sich auf ein vorwaltendes Filialitätsverhältniß der Kapelle Senftenberg stützet, hat offenbar eine quaestio status zum Gegenstand, wobei die Pfarrgemeinde Buttenheim behauptet, daß das Vermögen resp. die Rentenüberschüsse der Kapelle Senftenberg wegen dieses Filialverhältnisses zur Mutterkirche Buttenheim und auf den Grund vieljährigen Besitzstandes im Genusse des zur Deckung der Passiven und des jährlichen

Deficits der Mutterkirche Buttenheim benöthigten Zuschusses der letztern haftbar sei.

Der hiedurch der Klage unterbreitete Titel d. i. der Anspruch einer Stiftung auf das Vermögen oder die Renten einer anderen Stiftung auf den Grund der Filialität und des Besitzstandes ist unzweifelhaft privatrechtlicher Natur, daher die Frage über die Haftbarkeit des Vermögens resp. der Renten der mehr erwähnten Kapelle Senftenberg für die Passiven der Kirche Buttenheim nicht nach den Principien des öffentlichen Staatsrechtes, sondern lediglich nach civilrechtlichen Bestimmungen zu beurtheilen und zu entscheiden ist.

Hiernach mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung am 27. Mai 1851, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, von Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, von Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichts-Rath, von Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, dann der köngl. General-Staatsanwalt von Volk und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## XIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Juni 1851 in dem Competenz-Conflikte zwischen dem k. Oberaufschlagamte München und dem k. Kreis- und Stadtgerichte München bezüglich der Untersuchung gegen Simon Zollner zu München wegen Malzaufschlags-Gefährde.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 36, S. 889—898.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in dem Competenz-Conflikte zwischen dem k. Oberaufschlagamte München und dem k. Kreis- und Stadtgerichte München bezüglich der Untersuchung gegen Simon Zollner zu München wegen Malzaufschlags-Gefährde zu Recht:

„daß zur Untersuchung und Aburtheilnng der gegen den Müller Simon Zollner zu München unterm 10. September 1849 angezeigten Uebertretung durch Annahme und Brechen von Malz, worüber die Polette nicht auf seine Mühle lautete, die Gerichte zuständig seien."

### Gründe:

Georg Brey, Löwenwirth zu München, löste am 8. und 9. September 1849 zwei Poletten zum Malzbrechen auf der Stadtmühle zu München. Das Malz wurde aber nicht auf diese Mühle, sondern auf jene des Simon Zollner zu München, die sogenannte Kainzmühle, gebracht, und allda gebrochen.

Das k. Oberaufschlagamt leitete daher gegen den Letzteren wegen Verletzung der Vorschriften in §. VI. Ziff. 1 des Aufschlagsmandates vom 28. Juli 1807, resp. wegen Annahme eines auf eine andere Mühle polettirten Malzes Untersuchung ein, übergab aber, nachdem die k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, auf die deßfallsige

Anfrage des Oberaufschlagamtes unterm 7. Oktober 1849 die Entschließung erlassen hatte, daß in allen Fällen, in welchen nach den bestehenden Verordnungen über den Malz-Aufschlag auf eine odentliche oder außerordentliche Strafe zu erkennen sei, die Gerichte als zuständig erachtet werden müßten, die Sache an das k. Kreis- und Stadtgericht München mit dem Antrage auf Untersuchung und Bestrafung der in Frage befindlichen Uebertretung.

Dieses lehnte jedoch ebenfalls die Zuständigkeit ab, weil, abgesehen von der bereits eingetretenen Prävention resp. Prorogation, das Gesetz vom 10. November 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudation betreffend, und zwar Art. 1 dieses Gesetzes ausdrücklich zwischen Defraudationen und solchen Handlungen unterscheide, welche nur auf den Vollzug der den Malzaufschlag betreffenden Gesetze und Verordnungen, oder auf eine dieses Staatsgefäll bedrohende Gefährde sich beziehen, und nur erstere der Zuständigkeit der Gerichte überweise, dagegen letztere dem Wirkungskreise derjenigen Behörden überlassen habe, zu deren Zuständigkeit sie bis zur Promulgation des erwähnten Gesetzes gehört hätten. Von dieser Ablehnung machte das k. Kreis- und Stadtgericht München dem vorgesetzten k. Appellationsgerichte behufs der Entscheidung des verneinenden Competenz-Conflikts, unterm 29. Mai v. J. Anzeige, und dieses gab hievon der k. Regierung von Oberbayern, Kammer der Finanzen, mit dem Bemerken Nachricht, daß ihr die Anregung der Entscheidung dieses Conflikts nach Maßgabe des inzwischen erschienenen Gesetzes vom 28. Mai 1850 überlassen bleibe.

In dieser Veranlassung wurde durch das zur Vertretung des k. Staatsärars in Malzaufschlagsgegenständen berufene k. Kreisfiscalat von Oberbayern unterm 22. August v. J. das Gesuch um Entscheidung über die Zuständigkeit eingereicht und hierin gebeten, auszusprechen, daß

„zur Untersuchung und Aburtheilung von Gefährden, Formfehlern oder Contraventionen gegen die Aufschlagsgesetze und Vorschriften das k. Oberaufschlagsamt in I. und die k. Regierung, Kammer des Innern in II. Instanz auch fortan wie vor dem Gesetze vom 10. November 1848, zuständig seien.“

Auf die vorschriftsmäßige Mittheilung dieses Gesuches wurden von dem k. Oberaufschlagamte und dem Müller Zollner rechtzeitig Denkschriften eingereicht. In ersterer wird ohne Stellung eines bestimmten Antrages die Zuständigkeit des k. Oberaufschlagamtes zu begründen gesucht, und namentlich weiter angeführt, daß es sich in dem vorliegenden Falle von einer Disciplinar-Einschreitung handle.

In letzterer dagegen wird die Zuständigkeit der Gerichte für alle Fälle, welche in dem Aufschlagsmandate vom 28. Juli 1807 und in den dasselbe ergänzenden oder erläuternden Verordnungen und Ministerial-Entschließungen mit einer ordentlichen oder außerordentlichen Strafe bedroht sind, sonach auch für den vorliegenden Fall in Anspruch genommen.

Zur öffentlichen Verhandlung wurde Tagsfahrt auf den 27. d. M. anberaumt, und dieses den Betheiligten vorschriftsmäßig eröffnet.

In heutiger öffentlicher Sitzung wurde daher von dem ernannten Berichterstatter, k. Ministerialrath Schubert, die Sache unter Verlesung der wesentlichen Aktenstücke zum Vortrage gebracht, worauf der für Simon Zollner erschienene k. Advokat und herzoglich Leuchtenbergische Cabinetsrath Keller in mündlichem Vortrage den Antrag auf Anerkennung der Zuständigkeit der Gerichte erneuerte.

Von Seite des k. Generalstaatsanwaltes erfolgte nach näherer Entwicklung und Begründung der Antrag:

„zu erkennen, daß das kgl. Kreis- und Stadtgericht München zur Untersuchung und Entscheidung der dem Simon Zollner zur Last gelegten Malzaufschlags-Gefährde zuständig sei.

Nach erfolgter Prüfung war die Zuständigkeit der Gerichte zur Untersuchung und Aburtheilung des vorliegenden Falles auszusprechen; denn

1) das Gesetz vom 10. November 1848 hat nach seinem Eingange das Straf-Verfahren bei Malzaufschlags-Defraudationen im Allgemeinen zum Gegenstande und verweist dasselbe durch Art. 2 an die Gerichte. Welche Zuständigkeit dagegen den Administrativbehörden zu verbleiben habe, bestimmt Art. 1. Ueber diese gesetzlich begränzte Zuständigkeit vermögen daher die Administrativ-Behörden nicht hinauszugehen, und, da denselben in dem erwähnten Artikel keine Art von Strafgerichtsbarkeit vorbehalten ist, solche auch nicht in Anspruch zu nehmen.

   Die angerufene Gesetzesstelle bestimmt nämlich, daß:

   „die Vollziehung der den Malzaufschlag betreffenden Gesetze und Verordnungen, so wie die Abwendung der diesem Staatsgefälle drohenden Gefährden auch fernerhin zu dem Wirkungskreise derjenigen Behörden gehört, welchen sie dermalen obliegt."

   Zu dem Vollzuge dieser Gesetze und Verordnungen kann aber das Strafverfahren schon deshalb nicht gerechnet werden, weil obige Bestimmungen jenen über das Strafverfahren gegenüberstehen; und auch von der Befugniß zur Abwendung von Gefährden kann eine Strafgerichtsbarkeit nicht abgeleitet werden, da letztere nicht die unmittelbare Abwendung solcher Gefährden, sondern eben nur deren Bestrafung zum Gegenstand hat.

   Daß jene Befugniß nur die vorbeugenden Maßregeln, und die desfalls zu ertheilenden Vorschriften zu umfassen habe, bestätigen überdies die Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses vom 27. Oktober 1848 (S. Prot. Bd. I. S. 408.)

2) Zwar bedient sich das Gesetz vom 10. November 1848 bezüglich des den Gerichten überwiesenen Strafverfahrens nur des Ausdruckes „Defraudationen." Allein das

Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung, was unter Defraudationen zu verstehen sei, noch weniger stellt es diesem Ausdrucke den von Contraventionen, Formverletzungen u. dgl. gegenüber. Es kann daher der Sinn des von dem Gesetze gewählten Ausdruckes zunächst nur dadurch erläutert werden, wie derselbe bisher angewendet wurde. Dem Mandate vom 28. Juli 1807 ist aber die Unterscheidung von eigentlichen Defraudationen d. h. Vorenthaltung oder Veruntreuung des Aufschlages und bloßen Gefährdungen fremd, indem es beide Arten von Uebertretungen als Defraudationen behandelt, und unter einander aufführt, wie dieses aus §§. XIX., XX. und XXI. jenes Mandates zur Evidenz hervorgeht. Wollte daher eine Unterscheidung zwischen eigentlichen Defraudationen und Gefährdungen (Contraventionen) dem Gesetze vom 10. November 1848 unterstellt werden: so würde die Mehrzahl der in dem Mandate aufgeführten Straffälle außer die Zuständigkeit der Gerichte fallen, was nicht bloß dem Zwecke des angeführten Gesetzes widerstreitet, sondern auch den Gesetzesvollzug verwirrte.

3) Die bisherige Judicatur der k. Oberaufschlagämter gründet sich auf §. XXVII. des mehrerwähnten Mandates, welcher das Verfahren in Aufschlags-Defraudationsfällen an jene überweist. Obgleich hier das Mandat ebenfalls nur von Defraudationsfällen spricht, so unterlag es doch nie einem Anstande, daß die k. Oberaufschlagsämter in allen durch das Mandat und die nachgefolgten Verordnungen bezeichneten Straffällen ohne Unterschied, ob dieselben eigentlich Veruntreuungen des Aufschlags oder bloße Gefährdungen betreffen, zuständig seien. Indem daher das Gesetz vom 10. November 1848 gleicher Ausdrucksweise sich bedient, schließt es sich dem Mandate vom 28. Juli 1807 und dessen Auffassung vollkommen an.

4) Da überdieß in dem vorliegenden Falle eine Uebertret-

ung der Vorschriften des Mandates selbst in §. VI. Ziff. 1 und §. VII. Ziff. 1 und 3 behauptet ist, so war die Zuständigkeit der Gerichte zu dessen Untersuchung und Aburtheilung um so mehr auszusprechen, als das Vorhandensein eines Disciplinarfalles nicht nachgewiesen ist. Denn wenn auch die Müller auf die genaue Erfüllung ihrer gewerblichen Obliegenheiten bezüglich des Malzbrechens zu verpflichten sind, so kann doch hieraus noch keineswegs eine disciplinäre Unterordnung gefolgert werden, da sie durch jene Verpflichtung allein weder eine öffentliche Function übernehmen, noch in dienstliche Beziehung zu den Aufschlagsämtern treten.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 27. Juni 1851, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident, von Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, von Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, dann von Volk, als Generalstaatsanwalt und Oberappellationsgerisſekretär Paulus, als Protocollführer.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## XIV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Juni 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, in Sachen der Handlohnsfixation zwischen dem k. Hauptmann Sigmund Freiherrn v. Tucher als Geschlechtsältesten der freiherrlich von Tucher'schen Gesammtfamilie und Joh. Schmidt von Großengsee und Consorten.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 36, S. 899—902.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, in Sachen der Handlohnsfixation zwischen dem k. Hauptmann Sigmund Freiherrn von Tucher als Geschlechtsältesten der freiherrlich von Tucher'schen Gesammtfamilie und Johann Schmidt von Großengsee und Consorten:

„daß das k. Appellationsgericht von Oberfranken competent sei, die Berufungen gegen die Aussprüche der Schätzer de pr. 10. Juni 1850 zu entscheiden."

**Gründe:**

Zur Fixation des Handlohns von den der freiherrlich von Tucher'schen Familie zu Nürnberg lehenbaren Besitzungen des Johann Schmidt, der Johann und Barbara Bleisteiner'schen Eheleute, der Conrad und Christine Wenzel'schen Eheleute, des Joh. Deinlein und Joh. Schmidt sämmtlich in Großengsee, dann des Johann Hofmann in Winterstein, wurde auf Antrag des k. Hauptmanns Sigmund Freiherrn von Tucher, als Geschlechtsältesten, zufolge Beschlusses des k. Landgerichts und des k. Rentamts Gräfenberg vom 24. Oktober und resp. 27. September 1849

die Schätzung durch fünf nach Maßgabe des Gesetzes über Ablösung der Grundlasten vom 4. Juni 1848 Art. 11 Nr. 4 aufgestellte Schätzer vorgenommen.

Sigmund Freiherr v. Tucher ergriff gegen die am 10. Juni 1850 übergebenen Entscheidungen der Schätzer die Berufung zum k. Appellationsgericht von Oberfranken. Durch die Erkenntnisse vom 7. August 1850 wurden jedoch diese Berufungen wegen Mangels der Competenz von demselben abgewiesen, und auf die bei dem k. Oberappellationsgerichte hiergegen erhobene Beschwerde erfolgte durch dessen Erkenntniß vom 8. November 1850 die Abweisung derselben als unzuläßig, weil nach Art. 11 Nr. 4 Abs. 3 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 nur eine Berufung an das Appellationsgericht gestattet und nirgends erwähnt wird, daß gegen dessen Ausspruch noch eine Beschwerde an das Oberappellationsgericht gebracht werden dürfe.

Sigmund Freiherr v. Tucher dirigirte nun seine Berufung gegen die Entscheidungen der Schätzer an die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern. Aber auch von dieser wurde dieselbe durch Entschließung vom 6. Februar 1851 wegen Mangels der Competenz zurückgewiesen. Am 13. März 1851 übergab hierauf S. Freiherr v. Tucher das Gesuch an den obersten Gerichtshof, betreffend die Entscheidung des Competenz-Conflikts mit dem Antrage, das k. Appellationsgericht für zuständig zu erklären.

Denkschriften wurden in der vorgesteckten Frist von den Parteien nicht eingereicht, die k. Regierung aber bezog sich lediglich auf ihre in einem früheren identischen Falle übergebene Denkschrift.

Nachdem die Sache in heutiger Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt den Antrag auf ein die Competenz des k. Appellationsgerichts von Oberfranken aussprechendes Erkenntniß stellte.

Diesem Antrage war auch statt zu geben und zwar aus den in Sachen des k. Pfarrers Herrmann in Mistelbach gegen den Bauern Johann Roß zu Eckersdorf, Handlohns-fixation betreffend, dem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofs vom 27. Mai 1851 (Regierungsblatt von 1851 Nr. 32) beigesetzten Gründen.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung am sieben und zwanzigsten Juni achtzehnhundert ein und fünfzig, wobei zugegen waren der I. Präsident, Freiherr v. Gumppenberg, Ministerialrath v. Bezold, Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Eucumus, General-Staatsanwalt v. Volk u. Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 27. Juni 1851 in Sachen der Relikten der Theresia Freifrau v. Holzschuher zu Nürnberg gegen deren Grundholden zu Hermersdorf und Vestenbergs-gereuth, die Fixation von Handlöhnen, nun den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte von Oberfranken betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 37, S. 921—927.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen der Relikten der Theresia Freifrau von Holzschuher zu Nürnberg gegen deren Grundholden zu Hermersdorf und

Bestenbergsgereuth, die Fixation von Handlöhnen, nun den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte von Oberfranken betreffend, zu Recht:

„daß zur Entscheidung der von der v. Holzschuher'schen Grundherrschaft erhobenen Beschwerde vom 21. November 1850 das k. Appellationsgericht von Oberfranken zuständig sei."

**Gründe:**

Die Relikten der Theresia Freifrau von Holzschuher konnten mit ihren Grundholden zu Hermersdorf und Bestenbergsgereuth wegen Fixation und Ablösung der Handlöhne eine gütliche Uebereinkunft nicht erzielen, und stellten daher beim Mangel eines rechnungsmäßigen Nachweises der Größe der bisherigen Handlohnsbeträge bei dem k. Landgerichte Höchstadt den Antrag auf gerichtliche Abschätzung der handlohnbaren Objekte zum Behufe der Festsetzung des Handlohnsfixums.

Gegen das Resultat der hierauf vorgenommenen Abschätzung ergriff der Vertreter der von Holzschuher'schen Relikten die Berufung an das k. Appellationsgericht von Oberfranken, welches jedoch dieselbe durch Erkenntniß vom 6. August 1850 wegen Mangels der Competenz abwies.

Die Grundherrschaft, hievon in Kenntniß gesetzt, stellte nun den Antrag, jene 20 pCt., um welche die Schätzleute wegen des gesunkenen Güterwerthes im Allgemeinen zu gering geschätzt hätten, bei Feststellung des Handlohnsfixums mit einrechnen zu wollen, weil das zeitweise Steigen oder Fallen der Güter nicht berücksichtigt werden könnte, sondern ein nachhaltiger und entsprechender Schätzungswerth ermittelt werden müßte.

In Folge dessen wurden die Schätzleute von dem Gerichte aufgefordert, sich bestimmter und deutlicher über den wahren Werth der abgeschätzten Objekte auszusprechen, worauf sie erklärten, daß sie die in ihrer Schätzung aufgeführten

Werthe als nachhaltige erkannt hätten, und daher auf ihrer gewissenhaft abgegebenen Schätzung beharren müßten.

Nun wurde von der Gerichtscommission gemäß Beschluß vom 11. Oktober 1850 auf den Grund der erhobenen Schätzungen das Handlohnsfixum — ohne Einrechnung der erwähnten 20 pCt. festgesetzt, daher die Grundherrschaft gegen diesen Beschluß bei der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, die Berufung erhob, welche jedoch, als gegen den Ausspruch der Schätzleute gerichtet, im Hinblicke auf die Bestimmungen im Art. 11, Ziff. 4, Abs. 1 und in fine des Gesetzes vom 4. Juni 1848, dann Art. 12, Abs. 2 der Instruktion vom 17. Juni 1848 von derselben unterm 15. Januar 1851 ebenfalls wegen mangelnder Competenz abgewiesen wurde.

Die Grundherrschaft überreichte hierauf unterm 1. praes. 3. März 1851 ein Gesuch um Entscheidung des vorliegenden Competenz-Conflikts.

Von den Betheiligten ist von der ihnen kund gegebenen Befugniß, Denkschriften einzureichen, kein Gebrauch gemacht worden, und auch die k. Regierung nahm lediglich auf ihre Denkschrift Bezug, welche sie unlängst in einem ähnlichen Falle (den Competenz-Conflikt in Sachen der v. Aufsees'schen Seminarstiftung Prügel gegen mehrere Grundholden wegen Handlohnsfixation betreffend) abgegeben hatte.

Nachdem diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden.

Als Vertreter der von Holzschuher'schen Grundherrschaft erschien der k. Advokat Schüttinger aus Bamberg, welche beide nach kurzer Erörterung den Antrag stellten, „das k. Appellationsgericht von Oberfranken in dieser Sache für zuständig zu erklären," was sodann auch von dem k. Generalstaatsanwalte beantragt wurde.

Diesem Antrage mußte auch entsprochen werden, indem

die Beschwerde der von Holzschuher'schen Grundherrschaft gegen den Ausspruch der Schätzer gerichtet ist, somit für die Zuständigkeit des k. Appellationsgerichts von Oberfranken in dieser Sache dieselben Gründe vorliegen, wie solche bereits in den ganz ähnlichen Sachen:

a) der von Aufsees'schen Seminarstiftung Prügel gegen mehrere Grundholden wegen Handlohnsfixation durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 9. Mai 1851, dann

b) des Pfarrers Herrmann von Mistelbach gegen Johann Roß von Eckersdorf und J. A. Zimmermann von Mistelbach wegen Handlohnsfixation durch die oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 27. Mai 1851, — ausgesprochen worden sind, auf welche sich demnach, hier zur Vermeidung von Wiederholungen lediglich bezogen wird, da diese oberstrichterlichen Entscheidungen bereits durch das k. Regierungsblatt Nr. 31 und 32 zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden sind.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am sieben und zwanzigsten Juni achtzehnhundert ein und fünfzig, wobei zugegen waren: der I. Präsident Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhardt, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichts-Rath Schwertfelner, Ministerialrath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus; dann v. Volk, Generalstaatsanwalt, und Paulus, Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus Sekretär.

# XVI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 28. Juni 1851 bezüglich des in Sachen des k. Zoll-Aerars gegen den Kaufmann J. M. Lehmeier zu Fürth wegen unterlassener Stellung eines Begleitscheingutes zwischen dem k. Kreis- und Stadtgerichte Fürth und der k. General-Zolladministration obwaltenden Competenz-Confliktes.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 37, S. 927—935.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des in Sachen des k. Zollärars gegen den Kaufmann J. M. Lehmeier zu Fürth wegen unterlassener Stellung eines Begleitscheingutes zwischen dem k. Kreis- und Stadtgerichte Fürth und der k. General-Zolladministration obwaltenden Competenz-Conflktes zu Recht:

„daß die Gerichte über den vom k. Hauptzollamte Fürth mittels Schreibens vom 27. praes. 30. September 1850 an das k. Kreis- und Stadtgericht Fürth gestellten Antrag zu verhandeln und zu entscheiden, nicht competent seien."

### Gründe:

Für den Kaufmann J. M. Lehmeier kam aus dem Vereinsauslande mit Begleitschein des Hauptzollamtes Kehl beim Hauptzollamte Fürth ein Ballot zu 57 Pfd. Zollgewicht, angeblich Wollen- und Baumwollenwaaren enthaltend, welches J. M. Lehmeier am 13. Mai 1850 zur Niederlage, dann aber am 27. Mai 1850 zur weiteren Versendung auf Begleitschein Nr. I. nach Basel anmeldete. Das Hauptzollamt Fürth fertigte sofort zur besagten Versendung den verlangten Begleitschein, laut dessen Inhalt erwähntes Waaren-Ballot unverändert und mit unverletztem Verschlusse

bis zum 30. Juni 1850 beim großherzoglich badischen Hauptzollamte Randegg zur Revision hätte gestellt werden sollen, und J. M. Lehmeier nahm solchen in Empfang, worauf dann das schon erwähnte Waaren-Ballot an den Boten Gerstendörfer, welchen J. M. Lehmeier dem Hauptzollamte Fürth als seinen Frachtführer benannt hatte, ausgehändigt wurde.

Am 11. Juni 1850 wurde nun zwar beim großherzoglich badischen Hauptzollamte Randegg der oben erwähnte Begleitschein abgegeben, allein das betreffende Waarenballot ist daselbst nicht gestellt und geschehener Aufforderung ungeachtet auch zur erforderlichen Revision nicht vorgelegt, sondern nach Basel verführt worden.

Auf Vorlage der hierüber gepflogenen Verhandlungen hat hiernach die k. General-Zolladministration unterm 11. September 1850 an das Hauptzollamt Fürth Entschließung dahin erlassen, daß von dem Extrahenten des fraglichen Begleitscheines, dem Kaufmann J. M. Lehmeier, der höchste tarifmäßige Eingangszoll für das amtlich festgellte Gewicht jenes Ballots einzuziehen komme, und das Hauptzollamt Fürth hierwegen das Erforderliche zu veranlassen habe. Da aber J. M. Lehmeier auf die vom Hauptzollamte Fürth an ihn ergangene Aufforderung, den treffenden Zollbetrag von 102 fl. 1 kr. zu entrichten, mit einer Remonstration einkam, so stellte genanntes Hauptzollamt mittelst Schreibens vom 27. praes. 30. September 1850 an das k. Kreis- und Stadtgericht Fürth den Antrag, gegen genannten Begleitscheinextrahenten, da die nach Inhalt des Begleitscheins von ihm übernommenen Verbindlichkeiten unerfüllt geblieben seien, nach §. 42 und 58 der Zollordnung vom Jahre 1837 die Verbindlichkeit zur Einzahlung des treffenden Zollbetrages zu 102 fl. 1 kr. auszusprechen.

Das k. Kreis- und Stadtgericht Fürth vernahm hierauf den beklagten J. M. Lehmeier mit seiner Verantwortung, und sprach dann mittels Erkenntnisses vom 20. Dezember

1850 aus, daß J. M. Lehmeier verbunden sei, für das in Frage stehende Collo den treffenden höchsten Eingangszollbetrag von 102 fl. 1 kr. zu berichtigen, und die für das stattgehabte Verfahren erlaufenen Kosten zu übernehmen.

Gegen dieses Erkenntniß hat J. M. Lehmeier die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung an das k. Appellationsgericht von Mittelfranken eingewendet; es wurde sofort der Berufungsprozeß instruirt, und die Akten zur Verbescheidung der J. M. Lehmeier'schen Beschwerde dem genannten Gerichtshofe vorgelegt, allein eine Entscheidung erfolgte dort nicht, weil die k. Generalzolladministration nun einen Competenz=Conflikt anregte.

Am 24. Februar h. Js. kam nämlich ein Schreiben der k. Generalzolladministration ein, worin diese erklärte, daß sie durch berichtliche Vorlage des Hauptzollamtes Fürth erst Kenntniß erhalten habe, daß das Kreis= und Stadtgericht Fürth, anstatt auf bloße executive Beitreibung des bereits liquid festgestellten Zollbetrages sich zu beschränken (freilich auf einen irrthümlichen und unbefugten Antrag des Hauptzollamtes Fürth), nach gepflogener Verhandlung über die Verbindlichkeit des Begleitschein=Extrahenten J. M. Lehmeier zur Entrichtung des treffenden Zollbetrages förmlich erkannt habe, und J. M. Lehmeier nun gegen dieses Erkenntniß Beschwerde an das k. Appellationsgericht erhoben habe, daß sie aber die Competenz der Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung der vorwürfigen Angelegenheit nicht anzuerkennen vermöge, und worin denn die genannte General-Zolladministration den Antrag stellte, nunmehr nach Vorschrift des Gesetzes über Competenz=Conflikte vom 28. Mai 1850 Art. 6 et seq. zu verfahren.

Es wurde sofort das im vorallegirten Gesetze vorgeschriebene Verfahren eingeleitet, und nachdem J. M. Lehmeier eine Denkschrift eingereicht hatte, worin er den Antrag stellt, die Competenz der Gerichte in vorliegender Angelegenheit als begründet anzuerkennen, gelangten die Akten

an den obersten Gerichtshof, von welchem sofort zur Verhandlung über den vorliegenden Competenz-Conflikt auf den 27. d. M. öffentliche Sitzung anberaumt wurde.

Nachdem nun diese Sache, da sie in der gestrigen öffentlichen Sitzung nicht mehr vorgenommen werden konnte, in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden, worauf dann, da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen ist, der k. Generalstaats-Anwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, der oberste Gerichtshof möge aussprechen, daß das Kreis- und Stadtgericht Fürth zur Untersuchung und Entscheidung der Sache nicht competent sei, dessen Befugnisse sofort lediglich auf die exekutive Beitreibung des durch die Administrativbehörden festgestellten Zollbetrages zu beschränken seien.

Bei Prüfung der Sache hat sich denn auch ergeben, daß bezüglich des in Frage stehenden, vom Hauptzollamte Fürth im Schreiben vom 27. praes. 30. September 1850 gestellten Antrages den Gerichten eine Competenz nicht zustehe.

Dem Zollstrafgesetze vom 17. November 1837, dann dem Zollgesetze vom 17. November 1837 und der unter demselben Tage publizirten Zollordnung zufolge könnten, wie dieß auch in der Lehmpier'schen Denkschrift vom 9. April h. Js. ausdrücklich eingeräumt und anerkannt wird, die Gerichte zu einer Einschreitung, wie solche auf den im Schreiben des Hauptzollamts Fürth vom 27. praes. 30. September 1850 enthaltenen Antrag erfolgt ist, nur dann als zuständig erachtet werden, wenn es sich von einem Straffalle, von einer Strafverhängung handeln würde. Hievon handelt es sich aber hier durchaus nicht, sondern lediglich um Feststellung des treffenden Zollbetrages, wozu aber die k. Zollbehörden allein als competent erscheinen.

Die Behauptung in vorerwähnter Denkschrift, daß es

sich wirklich um Verhängung einer Strafe handle, weil in Folge einer bloßen Unterlassung nun der Begleitschein-Extrahent Lehmeier zur Einzahlung des höchsten Erhebungssatzes des Zolltarifs angehalten werden soll, sonach gemäß §. 31 et seq. des oben allegirten Zollstrafgesetzes gerichtliche Untersuchung und Entscheidung einzutreten habe, stellt sich als unhaltbar und unbegründet dar.

Der Extrahent eines Begleitscheines übernimmt laut §. 43, 44 und 52 der oben angeführten Zollordnung die hier in Frage stehenden Verbindlichkeiten mittels des von ihm verlangten und unterschriebenen Begleitscheines Nr. I. und kann sich hiernach insbesondere von der Verbindlichkeit, den höchsten Erhebungssatz des Zolltarifs zu entrichten, nur dadurch befreien, daß er dasjenige, was wegen Stellung der Waare behufs der einzutretenden Revision und wegen Abgabe des Begleitscheins im letzteren vorgeschrieben ist, genau erfüllt. — Es frägt sich hiebei weder von einer Defraudation, noch auch von einer Contravention im Sinne der oben allegirten Gesetze und Zollordnungen, und des Gesetzes vom 1. Juli 1834, die Verletzungen der Zollordnung und die Bestrafung dieser Verletzungen betreffend, sondern lediglich um Feststellung jenes Zollbetrages, welchen der Begleitschein-Extrahent nach Maßgabe der ihm obgelegenen und von ihm in Erfüllung gebrachten Verbindlichkeiten an das Zollärar zu entrichten hat, und eine deßfallsige Verbindlichkeit auszusprechen, wie solches das k. Hauptzollamt Fürth in dem Schreiben ans k. Kreis- und Stadtgericht Fürth vom 27. praes. 30. September 1850 unpassend, anstatt dasselbe um exekutive Beitreibung des ohnehin bereits liquid gestellten Gefälles anzugehen, beantragt hat, steht nach den oben angeführten Gesetzen den k. Zollbehörden, in keiner Weise aber den Gerichten zu.

Demnach mußte, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 28. Juni 1851, wobei zu-

gegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident, von Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath, v. Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, von Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, von Volk als General-Staatsanwalt, Paulus, Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

# XVII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 28. Juni 1851 in Sachen des k. Landrichters Greb zu Königshofen gegen Georg Büttner, Balthasar Brückner und Maria Gutwill von dort, wegen Wegservitut, dann gegen den Magistrat der Stadt Königshofen wegen Gemeindeweges, hier Competenz-Conflikt betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 38, S. 937—948.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des k. Landerichters Greb zu Königshofen gegen Georg Büttner, Balthasar Brückner und Maria Gutwill von dort, wegen Wegservitut, dann gegen den Magistrat der Stadt Königshofen wegen Gemeindeweges, hier Competenz-Conflikt betreffend,

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sohin die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei."

## Gründe:

Der k. Landrichter Greb besitzt zu Königshofen ein laut Kaufsurkunde vom 10. Februar 1840 vom k. Staats-Aerar erkauftes, am Glacis des dortigen ehemaligen Festungs-Rayons entlegenes Grundstück.

Unterm 31. Mai 1845 stellte derselbe gegen die dortigen Ortsbewohner Georg Büttner, Balthasar Brückner und Maria Gutwill, welche Gärten in der Nähe dieses Grundstückes haben, und zwar gegen jeden derselben gesonderte Klage, behauptend, daß diese sich einen Ein- und Ausgang in ihre Gärten über sein vorerwähntes, von ihm servitutenfrei erkauftes Grundstück anmassen und beantragte, daß ausgesprochen werde, den Beklagten stehe das Recht nicht zu, über sein Glacisstück zu ihren Gärten ein- und auszupassiren, es sei ihnen vielmehr dieses Ein- und Auspassiren bei 10 Reichsthaler Strafe zu untersagen.

Bei der Verhandlung über diese Klagen erklärten die Beklagten, daß sie sich auf die Klage nicht einlassen, sondern die Sache dem Magistrate Königshofen überlassen müssen, da es sich nicht von einer Servitut, sondern von einem am ehemaligen Glacisgraben von jeher bestandenen öffentlichen Wege handle.

Eventuell beantworteten sie diese Klagen dahin, daß sie widersprachen, über das Eigenthum des Klägers Ein- und Ausgang zu ihren Gärten genommen zu haben, und auf selbem ein Servitut erwerben zu wollen, und beifügten, daß sie nur darauf bestehen müßten, daß der vorerwähnte öffentliche Weg, an dessen Benützung sie Kläger durch Verpflockung desselben hindere, wieder frei gegeben werde, und den Antrag stellten, sie von den gestellten Klagen zu entbinden.

Das zur Verhandlung und Entscheidung dieser Klagsachen delegirte k. Landgericht Münnerstadt sprach hierauf durch Erkenntniß vom 12. August 1845 aus:

1) der k. Landrichter Greb werde im Besitze der Freiheit seines Grundstückes am Glacis zu Königshofen geschützt,

und den Beklagten jeder Ein-, Durch- und Ausgang über und durch dasselbe bei 10 Reichsthaler Strafe untersagt, und zwar für je und allezeit;

2) mit dem behaupteten Wege werden die Beklagten von hier ab- und zur besonderen Austragung gegen wen immer verwiesen;

3) die Kosten des Streites verglichen.

In den Gründen zu diesen Erkenntnissen findet sich angeführt, daß zwar die Beklagten vorgebracht, daß Kläger den bestandenen öffentlichen Weg verpflockt und versperrt habe, und derselbe angehalten werden müsse, solchen wieder freizugeben, allein einestheils (heißt es dort) sei dieß lediglich Polizeisache, und anderntheils gehöre dieß gar nicht zur gegenwärtigen Streitsache, wo es sich bloß von einer Servitut, die sich die Beklagten auf das Grundstück des Klägers zu constituiren beabsichtigen, handle, daher die Beklagten mit ihren dießfallsigen Anträgen zur besonderen Austragung an wen immer verwiesen werden mußten.

Gegen dieses Erkenntniß hat keiner der Streitstheile ein Rechtsmittel eingewendet.

Am 23. Oktober 1845 reichte Balthasar Brückner beim Magistrate der Stadt Königshofen eine Eingabe ein, worin er bat, den Landrichter Greb von Polizeiwegen anzuhalten, den von jeher bestandenen öffentlichen Pfad am ehemaligen Glacisgraben wieder freizugeben und herzustellen.

Der Magistrat theilte diese Eingabe dem Landrichter Greb zur etwaigen Erinnerung mit, beauftragte aber auch zugleich das dortige Feldgericht, an Ort und Stelle Einsicht zu nehmen und Gutachten abzugeben. Landrichter Greb gab hierauf seine Erinnerung unterm 25. Oktober 1845 dahin ab, daß er unter Anlage einer Abschrift des vom k. Landgerichte Münnerstadt erlassenen oben erwähnten Erkenntnisses gegen jede Einschreitung des Magistrates protestirte, da die fragliche Angelegenheit bereits vom Gerichte rechtskräftig entschieden sei, worauf dann der Magistrat am 30. Ok-

tober 1845 Beschluß dahin faßte, daß, da aus der Erklärung des Landrichters Greb erhelle, daß die von Balthasar Brückner erhobene Beschwerde nicht mehr polizeiliche, sondern streitige Rechtssache sei, — der Magistrat sich incompetent erachte, und es dem Brückner überlasse, seine Beschwerde geeigneten Orts weiter zu verfolgen.

Das hienach am 6. November 1845 vom Feldgericht eingelaufene Schreiben, worin dieses sich dahin aussprach, daß zwischen den der Glacis nächstgelegenen Gärten und dem Glacisgraben seit unfürdenklichen Zeiten ein Pfad bestanden, daß dieser Pfad bei der städtischen Aufnahme im Jahre 1812 in die Feldbücher des Feldgerichtes eingetragen worden sei, und daß dieser Pfad nicht nur von sämmtlichen an denselben anstoßenden Gartenbesitzern, sondern auch von der übrigen Stadtgemeinde seit den ältesten Zeiten als öffentlicher Weg benützt worden sei, wurde von dem Magistrate ohne weitere Berücksichtigung zu den Akten gelegt.

In Folge einer vom Balthasar Brückner erhobenen Beschwerde gelangten späterhin die einschlägigen Akten an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg und diese erließ dann unterm 8. November 1847 eine Entschließung, worin ausgesprochen ist, daß zwar die Regierung sich nicht veranlaßt finde, als Recursinstanz auf Beschwerde des Brückner einen Bescheid zu erlassen, daß sie aber von Oberaufsichtswegen zur weiteren Verfügung veranlaßt sei, und worin der Stadtmagistrat Königshofen mit Hinweisung auf den Inhalt des oben erwähnten Schreibens des Feldgerichts zu Königshofen, und unter der Bemerkung, daß es Sache der Lokalpolizeibehörde sei, für die Erhaltung der öffentlichen Wege, Brücken und Stege Sorge zu tragen, angewiesen wurde, von Amtswegen diesen Gegenstand wieder aufzunehmen, und nach vollständiger Sachinstruktion von Neuem salvo recursu Beschluß zu fassen, zu welchem Ende, heißt es, der magistratische Beschluß vom 30. Oktober 1845 außer Wirksamkeit gesetzt werde.

Der Magistrat pflog sofort weitere Recherchen, und nachdem er auch den k. Landrichter Greb mit seiner Erinnerung vernommen hatte, worin Greb sich wiederholt auf die Erkenntnisse des k. Landgerichts Münnerstadt vom 12. August 1845 berief, und die Competenz der Administrativbehörden bestritt, faßte der Magistrat unterm 21. Februar 1848 Beschluß dahin, daß, da der streitige Pfad seit unvordenklichen Zeiten, die Jahre der Verjährung weit überschreitend, als ein öffentlicher Pfad bestanden, auch im Jahre 1812 schon in die Feldbücher des Feldgerichts aufgenommen worden sei u. s. w., Landrichter Greb schuldig sei, den streitigen Pfad als einen öffentlichen zu dulden und denselben in den vorigen Stand herzustellen.

Hierauf regte Landrichter Greb mittels Eingabe an das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg vom 31. März 1848 einen Competenz-Conflikt an — die Akten wurden sofort, nachdem das k. Appellationsgericht und die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg nach der Verordnung vom 22. Juni 1813 sich mit einander ins Benehmen gesetzt hatten, zur dießfallsigen Verbescheidung der allerhöchsten Stelle vorgelegt, mittels Rescriptes vom 6. Februar h. Js. aber dem k. Appellationsgerichte mit Hinweisung auf das Gesetz über die Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 mit der Auflage zurückgeschlossen, behufs der Entscheidung des angeregten Competenz-Conflikted die weiteren Einleitungen zu treffen.

Es ist dann die vorgeschriebene Instruktion gepflogen, eine Denkschrift aber von Keinem der Betheiligten eingereicht worden.

Nachdem nun diese Sache, da sie in der gestrigen Sitzung nicht mehr vorgenommen werden konnte, in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden, und worauf sodann, da von Seite der Betheiligten Niemand

erschienen war, der k. General-Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, oberstrichterlich auszusprechen, daß über die Ansprüche des Georg Büttner, Balthasar Brückner und Maria Gutwill auf Zuständigkeit eines Weges über das Grundstück des Landrichters Greb bereits Rechtskraft in Mitte liege, sohin ein Competenz-Conflikt nach Art. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 nicht mehr angeregt werden könne, daß aber bezüglich eines allenfalls von dem Magistrate Königshofen anzusprechenden öffentlichen Weges ein Competenz-Conflikt nicht gegeben sei.

Bei Prüfung der Sache hat sich auch ergeben, daß ein Competenz-Conflikt im Sinne des Gesetzes vom 28. Mai 1850 hier gar nicht gegeben ist.

Nach Art. 2, 3, und 5 des oben erwähnten Gesetzes kann ein bejahender Competenz-Conflikt (und ein solcher sollte nach der Behauptung des Landrichters Greb hier wegen Einmischung und Uebergriffes der Administrativbehörde in eine vom Gerichte bereits entschiedene Sache gegeben seyn) nur angenommen werden, wenn sichs von Uebergriffen der Gerichte in das Bereich der Administrativbehörden handelt, wenn einem Gerichte gegenüber die Zuständigkeit von Seite der Verwaltung in Anspruch genommen wird.

Es steht überdieß die Anregung eines solchen Conflikts nur den Administrativstellen zu, und sie findet dann nie mehr statt, wenn das in der Hauptsache erlassene Erkenntniß bereits rechtskräftig ist.

Die bei dem k. Landgerichte Münnerstadt zwischen Landrichter Greb als Kläger und Balthasar Brückner, Georg Büttner und Maria Gutwill als Beklagte wegen Anmassung einer Wegservitut auf dem Grundstücke, welches Greb laut Kaufurkunde vom 10. Februar 1840 erkauft hat, anhängigen Rechtssachen sind längst rechtskräftig entschieden, die Administrativbehörden haben eine Zuständigkeit

in denselben nirgends in Anspruch genommen, und waltet somit in dieser Sache ein Conflikt gar nicht vor.

Es würden aber auch die Administrativbehörden die Gerichte an den Vollzug der rechtskräftigen Erkenntnisse, wenn Brückner, Büttner oder Gutwill denselben entgegen handeln würden, nicht hindern können, daher es in dieser Beziehung eines Schutzes der Gerichte durch Anregung eines Competenz-Conflikts in keiner Weise bedürfte.

Conf. Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe vom Jahre 1849 Beilagen-Band 3, pag. 98 und Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1850 Beilagen-Band 3, pag. 242.

Der Beschluß des Stadtmagistrates Königshofen vom 20. Februar 1848 aber, durch den sich Landrichter Greb in seinen Rechten vorzugsweise beeinträchtiget glaubt, hat mit den vorerwähnten Rechtssachen nichts gemein. Es handelt sich hiebei nicht, wie damals, nach Ausweis der oben dargestellten thatsächlichen Verhältnisse, von einem dem Brückner, Büttner und der Maria Gutwill zustehenden Servitutsrechte bezüglich des Greb'schen Glacisgrundstückes, sondern von einem öffentlichen, der Gemeinde Königshofen zustehenden, zwischen den unweit der Glacis entlegenen Gärten und dem besagten Grundstücke befindlichen Pfade, sohin von einem ganz anderen Gegenstande, wobei dem Landrichter Greb auch andere Gegner gegenüber stehen.

Es läßt sich somit hier auch eine Einmischung der Administrativbehörden in die beim k. Landgerichte Münnerstadt verhandelte Rechtssache gar nicht wahrnehmen, und hat besagtes Gericht in jener Angelegenheit, welche den magistratischen Beschluß vom 30. Februar 1848 zum Gegenstande hat, nichts verfügt, vielmehr in dem Erkenntnisse vom 12. August 1845 solche zur besonderen Austragung verwiesen, und wenn Landrichter Greb gegen den erwähnten Beschluß des Stadtmagistrats Königshofen Abhilfe zu suchen sich veranlaßt findet, so kann dieß durch Anregung eines Competenz-

Conflikte in keiner Weise erreicht werden, da die zu einem Competenz-Conflikte gesetzlich gehörigen Erfordernisse in den oben dargelegten Angelegenheiten durchaus nicht gegeben sind.

Es mußte sonach, wie oben geschehen erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 28. Juni 1851, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, v. Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichts-Rath, v. Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtrath, v. Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, v. Volk als Generalstaatsanwalt und Paulus, Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XVIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 28. Juni 1851 in Sachen der Pfarrgemeinde Pullenreuth gegen Pfarrer Eberl, jetzt zu Arnschwang, Pfarrhofbaulast, nun den Namens der Pfarrgemeinde angeregten Competenz-Conflikt zwischen dem kgl. Landgericht Kemnath als Administrativbehörde und demselben als Justizbehörde betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 38, S. 948—959.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen der Pfarrgemeinde Pullenreuth gegen Pfarrer Eberl, jetzt zu Arnschwang, Pfarrhofbaulast, nun den Namens der Pfarr-Gemeinde angeregten Competenz-Conflikt zwischen dem k. Land-

gericht Kemnath als Administrativbehörde und demselben als Justizbehörde betreffend:

„daß dieser Competenz-Conflikt nicht gegeben, die Sache daher wegen Incompetenz hierorts abzuweisen sei, und die Pfarrgemeinde Pullenreuth die durch diese Anregung eines Competenz-Confliktes dem Pfarrer Eberl verursachten, auf sieben Gulden 2 kr. festgesetzten Kosten zu erstatten habe. Das vom k. Advokaten Bunte in Ansatz gebrachte Expensar von sechs Gulden 5 kr. wird gestrichen."

**Gründe:**

Im Jahre 1840 ergab sich die Nothwendigkeit eines Neubaues des Pfarrhofes zu Pullenreuth. Gemäß des Ministerialrescripts vom 14. November 1840 waren die Kosten hauptsächlich durch die Concurrenz der Decimatoren und durch ein ad onus successorum aufzunehmendes Kapital zu decken. Jene wurde durch den Provisionalbeschluß der k. Regierung der Oberpfalz und von Regensburg, Kammer des Innern, vom 28. April 1845 geregelt, und schon zuvor sub 14. März 1844 war die aus mehreren politischen Gemeinden bestehende Pfarrgemeinde Pullenreuth vom k. Landgerichte Kemnath in Kentniß gesetzt worden, daß sie bei diesem Bau zur Leistung der Hand- und Spanndienste verpflichtet sei. Durch Entschließung der k. Regierung vom 4. Oktober 1844 wurde aber diese Verfügung des Landgerichts als nichtig aufgehoben mit der Weisung, nach eingeholter Erinnerung der Pfarrgemeinde salvo recursu anderweitigen Beschluß zu fassen. Dabei wurde Pfarrer Eberl ermächtigt, die Dienste aus disponiblen Fonds vorläufig auf Rechnung der Gemeinde zu bestreiten, welche, wenn ihre Pflichtigkeit ausgesprochen würde, die Auslagen in Geld wieder zu ersetzen habe.

In der am 6. November 1844 nun abgegebenen Erklärung beharrte die Pfarrgemeinde bei ihrer Weigerung; durch den landgerichtlichen Beschluß vom 3. April 1845 aber wurde derselben die unentgeldliche Leistung der Hand- und

Spanndienste auferlegt. Dieser Beschluß wurde durch Regierungsentschließung vom 31. Dezember 1845 bestätigt, und der weitere Recurs durch Rescript des Ministeriums des Innern vom 24. Juni 1846 als ungegründet, eine an den Staatsrath gebrachte Beschwerde aber als dahin nicht gehörig ab-, und an das inzwischen gebildete Ministerium des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten gewiesen, dessen Rescript vom 21. Juni 1847 jenem des Ministeriums des Innern vom 24. Juni 1846 inhärirte, jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalt des Rechtswegs.

Pfarrer Eberl hatte inzwischen zur Beschleunigung der Sache die ganze Bauführung unter technischer Leitung in Accord übernommen, und die Ausgaben für die im Voranschlage zu 574 fl. angesetzten Hand- und Spanndienst betrugen nach der revisorischen Festsetzung 1202 fl. 39 kr. Wegen dieses Betrags wurde zwar schon durch Decret vom 24. Dezember 1845 das Executionsverfahren eingeleitet, konnte aber wegen der gedachten Recurse gegen den Beschluß vom 3. April 1845 keinen Fortgang gewinnen, und in Folge des schon erwähnten Ministerialrescripts vom 21. Juni 1847 meldete nun Advokat Bunte Namens der Pfarrgemeinde am 12. September 1847 die Betretung des Rechtsweges an mit dem Antrage auf Sistirung der Execution bis zum Ausgang des Rechtsstreits.

Diesem Antrag wurde aber nicht stattgegeben, vielmehr mit Decret vom 19. August 1849 durch Repartition der 1202 fl. 39 kr. auf die zur Pfarrgemeinde Pullenreuth gehörigen politischen Gemeinden die Concurrenzquote einer jeden festgestellt, und da inner der 14tägigen Frist Erinnerungen dagegen nicht einkamen, wurde durch Decret vom 7. November 1849 die Auspfändung der Verwaltungsmitglieder der Gemeinden verfügt.

Aber schon am 15. praes. 19. September 1849 hatte Advokat Bunte Namens der Pfarrgemeinde bei dem kgl. Landgerichte Kemnath gegen Pfarrer Eberl eine Provocationsklage eingereicht zu dem Zwecke, daß derselbe wegen

des Quantums seiner Auslagen ad 1202 fl. 39 kr. klagend hervortrete.

Dem gleichzeitig zu den Administrativacten gestellten Antrage auf Sistirung der Execution wurde jedoch nicht entsprochen, und die Recurse gegen das deßfallsige Decret vom 21. September 1849 wurden ebenfalls durch Regierungs-Entschließung vom 27. Oktober 1849 und Ministerialrescript vom 19. Januar 1850 ab- und vom k. Staatsrath als dahin nicht gehörig zurückgewiesen.

Der Provocationsprozeß wurde inzwischen instruirt, und mit Imploration vom 8. praes. 13. Februar 1850 stellt Advokat Bunte nun bei dem Landgerichte als Justizbehörde den Antrag, daß in dem Erkenntnisse puncto provocationis zugleich ausgesprochen werde, das Landgericht als Administrativbehörde habe sich vorläufig des weiteren Verfahrens zu enthalten. Dieser Antrag wurde durch Decret vom 17. Februar 1850 abgewiesen, weil bei den in Mitte liegenden rechtskräftigen Beschlüssen der bezüglichen Beschwerden die Sache sich im Stadium der Execution befinde, und der Justizstelle nicht gestattet sei, störend in den Geschäftsgang der Verwaltungsbehörden einzugreifen.

Gegen dieses Decret reichte Advokat Bunte am 9. praes. 14. März 1850 eine an das kgl. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg gerichtete „Nullitäts- und Extrajudicialbeschwerde" ein, und übergab sodann am 16. Juni 1850 das an den obersten Gerichtshof gerichtete Gesuch, die Anregung des Competenz-Conflikts betreffend.

Es wird darin behauptet, daß ein negativer Competenz-Conflikt zwischen dem Landgerichte Kemnath als Justiz-Behörde und als Administrativbehörde obwalte, weil die in gesonderter Eingabe an dasselbe als Justizbehörde gerichteten Anträge auf civilrechtliche Beschlußfassung gegen das executive administrative Einschreiten vergeblich blieben.

Zufolge Entschließung des Appellationsgerichts vom 2. August 1850 wurde nun die Entscheidung der an dasselbe

gebrachten Beschwerden ausgesetzt, der Competenz-Conflikt wurde instruirt, und in der vorgesteckten Frist vom Anwalt des Pfarrers Eberl eine Denkschrift eingereicht.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung vom 27. Juni aufgerufen war, erstattete der zum Referent ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da keine der geladenen Parteien erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt nach Beleuchtung der Sache den Antrag stellte, daß ausgesprochen werde, es sei ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, das Gesuch der Gemeinde Pullenreuth daher abzuweisen, und habe dieselbe die dadurch veranlaßten Kosten zu tragen.

Aus obiger Darstellung ergibt sich, daß von einem Competenz-Conflikte, wie dessen Anregung versucht wurde, keine Rede seyn kann. Denn

1) die in der Entschließung der k. Regierung vom 4. Oktober 1844 dem Pfarrer Eberl ertheilte Ermächtigung, die Dienste auf Rechnung der Pfarrgemeinde leisten zu lassen, stellt sich eben so, wie die Entschließung der k. Regierung vom 28. April 1845 und der durch Regierungsentschließung vom 31. Dezember 1845 bestätigte landgerichtliche Beschluß vom 3. April 1845 als eine lediglich provisorische Verfügung dar, wie daraus hervorgeht, daß das Ministerialrescript vom 21. Juni 1847 der Pfarrgemeinde ausdrücklich den Rechtsweg vorbehielt;

2) provisorische Verfügungen bei dringenden Kirchen- und Pfarrhofbauten aber sind zufolge der bestehenden Gesetze von der Competenz der Gerichte ausgenommen, und als administrative Sachen den Verwaltungsstellen zur Verhandlung und Entscheidung zugewiesen sowohl bezüglich der Bauconcurrenzpflicht, als auch der Größe des Beitrags.

„Verordnung vom 17. Dezemb. 1825 §. 73 Reg.-Bl. v. 1825 S. 1097. Verordnung vom 1. Okt. 1830, betreffend die Zuständigkeit der Ad-

ministrativstellen in Streitigkeiten über die Baupflicht bei Kirchen ꝛc. sub Nr. 2 in Döllinger's Sammlung der Verordnungen Bd. XI. Th. 3 S. 1423"

vergl. mit

„Mandat vom 4. Okt. 1770 in pcto. concurr. zu Kirchen- und Pfarrhofbauten sub 2do."

Mayer, Gen.-Sammlung 1771. Seite 493 Nr. 3.

„Mandat vom 14. August 1794, betreffend Regulirung der Bauconcurrenz."

Mayer, Gen.-Sammlung Bd. 5. Nr. 142 S. 493.

Daraus

3) ergibt sich, daß der Vorbehalt des Rechtswegs im Ministerialrescripte vom 21. Juni 1847 keineswegs die Deutung zuläßt, daß im Falle der Betretung desselben der Vollzug des von der Verwaltungsstelle ausgegangenen Provisoriums bis zur Entscheidung der Sache auf dem Civilweg ausgesetzt bleiben müsse. Dieser Sinn des Rescriptes kann um so weniger unterstellt werden, weil dasselbe in der Bestätigung des Beschlusses vom 3. April 1845 dem Rescripte vom 24. Juni 1846 inhärirte, die Suspension des Vollzugs des Provisoriums bis zum Erkenntniß im Civilprocesse aber nichts anders wäre, als desselben gänzliche Beseitigung. Vermöge des, nach den angeführten Gesetzen sich übrigens von selbst verstehenden Vorbehalts wollte sohin das Rescript vom 21. Juni 1847 nur andeuten, daß die Gemeinde ihre Freiheit von der fraglichen Concurrenzpflicht auf dem Rechtswege geltend machen und sofort das in Folge des Provisional-Beschlusses Gezahlte als Nichtschuld zurückfordern müßte. Denn auch die Regierungsentschließung vom 4. Oktober 1844 hatte die Verbindlichkeit der Pfarrgemeinde zum Rückersatz der Auslagen für die Hand- und Spanndienste keineswegs davon abhängig gemacht, daß die Concurrenzpflicht derselben mit diesen Diensten durch ein Erkenntniß des Civilgerichts ausgesprochen würde.

Diese Entschließung bezieht sich vielmehr lediglich auf das die Provisional-Verfügung bezweckende Verfahren. Die der Gemeinde durch dieselbe auferlegte Verbindlichkeit ist sonach auch nur davon abhängig gemacht, daß ihre Concurrenzpflicht mittelst einer provisorischen Verfügung im administrativen Wege würde ausgesprochen werden, und dieser Ausspruch ist durch den bestätigten landgerichtlichen Beschluß vom 3. April 1845 erfolgt.

4) Ein Competenzconflict setzt aber voraus, daß eine und dieselbe Sache von jeder der verschiedenen Behörden als ihr zuständig behauptet, oder von jeder wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen wird. Keiner dieser Fälle ist in Bezug auf das Gesuch vom 15. Juni 1850 dem Ausgeführten zufolge gegeben.

Abgesehen davon, daß die Klage vom 15. praes. 19. September 1849 nur bezielt, den Pfarrer Eberl wegen des Quantums der Auslagen zu provociren, das Quantum aber im Laufe des Verfahrens pcto. provisorii revisorisch festgestellt wurde, und zur Cognition derselben Behörde gehört, welche das Provisorium selbst zu treffen zuständig war: so wäre, wenn die Pfarr-Gemeinde sogar zur Geltendmachung ihrer Freiheit von der Concurrenzpflicht den Rechtsweg betreten hätte, diese Civilrechtssache ganz verschieden von der das Provisorium betreffenden administrativen.

Dadurch also, daß das k. Landgericht als äußeres Amt in seiner Zuständigkeit für letztere das zum Vollzug der darin ergangenen rechtskräftigen Beschlüsse eingeleitete Verfahren fortsetzte, nachdem die Namens der Pfarrgemeinde bei demselben als Justizbehörde eingereichte Provocationsklage zur Verhandlung gebracht worden war, ist das Landgericht in seiner Doppeleigenschaft als Verwaltungs- und Justizbehörde nicht in den negativen Competenz-Conflikt getreten, wie solchen der k. Advokat Bunte mittelst seines Gesuches anzuregen

versucht hat, dessen Zweck vielmehr nur darin besteht, den Vollzug der im Provisionalverfahren ergangenen Beschlüsse zu hemmen, wozu aber der oberste Gerichtshof nicht competent ist.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung am 28. Juni 1851, wobei zugegen waren: der I. Präsident Freiherr von Gumppenberg, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath, v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt von Volk, und Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XIX.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 28. Juni 1851 bezüglich des in Sachen der Güterbesitzer zu Gänheim gegen die Güterbesitzer zu Ruppertzaint wegen Weiderechtsablösung, nun Festsetzung der Entschädigung ꝛc. zwischen den Verwaltungs- und Justizbehörden vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1851, Nr. 41, S. 1007—1016.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des in Sachen der Güterbesitzer zu Gänheim gegen die Güterbesitzer zu Ruppertzaint wegen Weiderechtsablösung, nun Festsetzung der Entschädigung ꝛc. zwischen den Verwaltungs- und Justizbehörden vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts zu Recht:

„daß über die von den Güterbesitzern zu Gänheim am 9. Juli 1850 bei dem k. Landgerichte Arnstein gestellten Anträge zu verfügen und zu entscheiden, die Administrativbehörden competent seien."

**Gründe:**

Die Güterbesitzer zu Gänheim wollen das auf ihrer Markung den Güterbesitzern zu Ruppertzaint zustehende Schafweiderecht ablösen, und haben daher dem Gesetze vom 4. Juni 1848 gemäß bei dem k. Landgerichte Arnstein schon im September 1848 die Einleitung des dießfallsigen Verfahrens beantragt.

Durch die hierauf gepflogenen Verhandlungen ist auch der Reinertrag des abzulösenden Weiderechts bereits ermittelt, und auf den jährlichen Betrag von 577 fl. 3¾ kr. festgestellt worden; allein rücksichtlich der den Weideberechtigten hiefür zu leistenden Entschädigung walten noch Differenzen ob. Bei der am 21. Juni 1850 abgehaltenen Tagsfahrt erklärten die Gänheimer Güterbesitzer, daß ihrer Ansicht nach der ermittelte Reinertrag im achtzehnfachen Betrage zu Kapital zu erheben sei, wornach sich die Ablösungs- und Entschädigungs-Summe auf 10,387 fl. entziffere, daß sie auch bereit seien, diese Summe baar zu erlegen, oder solche als ein von ihrer Seite kündbares Bodenzinskapital bis zur Abbezahlung nach 4 pCt. zu verzinsen, und daß sie nun hierüber die Aeußerung der Weideberechtigten und die sofortige Verbescheidung von Seite des k. Landgerichts Arnstein gewärtigen, wobei sie noch eine Provisional-Verfügung zu dem Ende beantragten, um bis Michaelis in das fragliche Weiderecht eintreten zu können. Der Vertreter der Weideberechtigten verweigerte aber die Einlassung auf diese Anträge, wobei er vorbrachte, daß die Sache nicht weiter mehr vor die Administrativbehörde gehöre, und die Gänheimer Güterbesitzer mit ihren vorerwähnten Anträgen an die Civilgerichte zu verweisen seien.

Das k. Landgericht Arnstein sprach hierauf mittels Beschlusses vom 6. Juli 1850 aus, daß es sich als Distrikts-Polizeibehörde für die vorliegende Weideentschädigungssache

nicht mehr als competent erachte, und erörterte in den diesem Beschlusse beigefügten Motiven, daß fragliche Anträge sich nur vor die Civilgerichte eignen.

Hiernach gingen unterm 9. Juli 1850 die Güterbesitzer zu Gänheim das k. Landgericht Arnstein als Civilgericht um weiteres Einschreiten in dieser Sache an, und stellten den Antrag, richterlich auszusprechen:

1) die Ruppertzainter Hofbesitzer seien schuldig:
   a) die Festsetzung der Entschädigung für das fragliche Weiderecht durch den jährlichen Bezug von 4 pCt. aus der jährlichen fixen Rente zu 577 fl. 3¾ kr., sohin aus der Summe von 10,387 fl. 7½ kr. sich gefallen zu lassen, und
   b) dieselben seien weiter verbunden, die Anwendung der Art. 30 und 23 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 auf vorliegendes Verhältniß in der Art als liquid anzuerkennen, daß der Vollzug lediglich noch von dem speciellen Antrage des pflichtigen Theiles bedingt sei;
2) eine Provisional-Verfügung dahin zu erlassen, daß gegen Erlage von 577 fl. 3¾ kr. ihnen die Ruppertzainter Hofbesitzer schon zu nächsten Michaelis die Weide zu überlassen, verbunden seien rc.

Das k. Landgericht verfügte als Justizbehörde auf diese Anträge in der Art, daß es bezüglich des ersten Antrages protokollarisch schlüßliche Verhandlung, bezüglich des zweiten Antrages aber Verhandlung im mündlichen Verhöre anordnete. Der Vertreter der Ruppertzainter Hofbesitzer verweigerte aber auch hier in beiden Beziehungen die Einlassung mit dem Vorbringen, daß die Beklagten ihren Gerichtsstand bei verschiedenen Gerichten haben, und die Kläger hiernach mit ihren Anträgen an das k. Appellationsgericht verwiesen werden müßten.

Mittels zweier gesonderter Erkenntnisse sprach hierauf das Untergericht unterm 27. Juli 1850 aus, — daß die ge-

richtsablehnende Einrede verworfen werde, und Beklagte schuldig seien, sich einzulassen.

Gegen diesen Ausspruch wendeten die Beklagten die Appellation ein, und das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg sprach sonach durch Urtheil vom 11. Februar h. Js. aus:

„die vorliegende Streitsache sei keine Justizsache, und seien daher die in den beiden Acten, die Festsetzung der Entschädigung und das Provisorium betreffend, vom k. Landgerichte Arnstein unterm 27. Juli 1850 erlassenen Erkenntnisse als nichtig aufzuheben."

Unterm 14. März h. Js. stellten sonach die Güterbesitzer zu Gänheim den Antrag auf Entscheidung des hier vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts wobei sie zugleich auszuführen suchten, daß die Administrativbehörden hier competent seien, während dagegen die Ruppertzainter Hofbesitzer in der unterm 14. April h. Js. hierauf eingereichten Denkschrift ein die Copetenz der Gerichte aussprechendes Erkenntniß beantragen.

Nachdem nun die Acten an den obersten Gerichtshof gelangt waren, ist zur Verhandlung auf den 27. Juni h. Js. öffentliche Sitzung anberaumt, und den Betheiligten hievon Kenntniß gegeben worden.

In heutiger öffentlicher Sitzung, da diese Sache in der gestrigen Sitzung nicht mehr hatte vorgenommen werden können, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die erheblicheren Aktenstücke verlesen wurden, und da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen war, nahm hierauf der Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort, und stellte nach näherer Erörterung der Sache den Antrag, die Competenz der Administrativbehörden auszusprechen, welchem Antrage auch stattgegeben werden mußte.

Das Gesetz vom 4. Juni 1848 über Aufhebung der

Standes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit, dann Aufhebung, Fixirung und Ablösung von Grundlasten weiset im Art. 5 Abs. 3 die Ermittlung und Feststellung der Entschädigungssumme für abzulösende Weiderechte ausdrücklich den Culturs behörden zu, und dasselbe Gesetz bestimmt ferner im Art. 19 wo es vom Verfahren handelt, daß die Fixirung von Grundlasten von den Districtspolizeibehörden mit den k. Rentämtern im summarischen Verfahren vollzogen werden, und die Berufung hiegegen an die k. Regierung, Kammer des Innern, gehen soll.

Die Thätigkeit der Civilgerichte beschränkt das oben erwähnte Gesetz in den vorerwähnten Beziehungen ganz speciell nur auf die im Art. 11 Nr. 3 dortselbst angeführten drei Fälle, und nur, wo das Recht und der Umfang der zu fixirenden Reichnisse bestritten ist, erklärt es im Art. 20 den Rechtsweg als zulässig und vorbehalten.

In vorliegender Sache handelt es sich, da der jährliche Reinertrag des abzulösenden Weiderechtes bereits ermittelt und festgestellt ist, dermalen den von den Güterbesitzern von Gänheim gestellten Anträgen zufolge nur davon, ob die Ablösungssumme nach dem achtzehnfachen oder welch' höherem Maßstabe aus dem ermittelten jährlichen Rentenertrage zu berechnen, und in welcher Weise hiernach die Entschädigung der Ruppertzainter Hofbesitzer bezüglich des von ihnen abzutretenden Weiderechts zu bewerkstelligen sei, sohin ganz unbestreitbar von keinem jener Ausnahmsfälle, in welchen das Gesetz vom 4. Juni 1848 die Civilgerichte thätig seyn läßt, und es erscheint hiernach um so minder zulässig, die Verfügung und Verbescheidung über die in Frage stehenden Anträge den Civilgerichten zuzuweisen, und die Wirksamkeit derselben über die im Gesetze genau bezeichneten Gränzen auszudehnen, als dieß der Tendenz und dem Charakter des besagten Gesetzes, welches seinem Wesen nach ein Culturgesetz und nach national-ökonomischen Grundsätzen gegeben ist, mit dessen Vollzug daher auch laut der Schlußbestimmung die

Staatsminister des Innern und der Finanzen beauftragt sind, zuwiderlaufen würde.

Wenn übrigens auch in den Gebietstheilen des ehemaligen Großherzogthums Würzburg die in den älteren Kreisen des Königreichs geltenden Culturverordnungen nicht zur Publikation gelangt sind, auch einige jener Angelegenheiten, von welchen das fragliche Gesetz vom 4. Juni 1848 handelt, und welche dieses Gesetz den Administrativbehörden zuweiset, dort sonst vor den Civilgerichten verhandelt und entschieden worden sind, so kann deshalb noch keineswegs angenommen werden, daß auch jetzt die Civilgerichte noch hiefür zuständig seien, und noch minder, daß in den erwähnten Gebietstheilen die Civilgerichte auch Culturbehörden seien; denn indem das Gesetz vom 4. Juni 1848 im Art. 5 die hier in Frage stehenden Angelegenheiten den Culturbehörden ausdrücklich zuweiset, erklärt es damit dieselben auch für eine Cultursache, und hiemit die Zuständigkeit derjenigen Behörden begründet, welchen nach den Competenznormen für die Verwaltungsstellen in den Kreisen die Erledigung der Culturstreitigkeiten zugewiesen ist.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 28. Juni 1851, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, v. Bezold, Ministerialrath, Eisenhart, Oberappellationsgerichts-Rath, von Friederich, Ministerialrath, Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath, v. Schubert, Ministerialrath, Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath, von Volk, Generalstaatsanwalt, und Paulus, Oberappellationsgerichts-Sekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## XX.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 15. Dezember 1851 in Sachen der Gemeinde Wilmetshofen und Consorten und des Mühlbesitzers Alban Steichele wegen Beschädigung und wegen Beseitigung des verwahrlosten Zustandes des Schmutterflusses in der Flurmarkung von Wilmetshofen, hier wegen Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 1, S. 9—19.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen der Gemeinde Wilmetshofen und Consorten und des Mühlbesitzers Alban Steichele wegen Beschädigung und wegen Beseitigung des verwahrlosten Zustandes des Schmutterflusses in der Flurmarkung von Wilmetshofen, hier wegen Competenz-Conflikts:

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sohin die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei.

Das vom Advokaten Dr. Barth von Augsburg für das Gesuch vom 12. Mai 1851 angesetzte Deservit mit 3 fl. wird abgestrichen."

**Gründe:**

Auf Imploration des Alban Steichele, Besitzers einer bei Wilmetshofen am Schmutterflusse gelegenen Mühle, hat das k. Landgericht Zusmarshausen nach vorerst vorgenommenem Augenscheine als Distriktspolizeibehörde schon unterm 22. August 1842 Beschluß dahin erlassen, daß die Gemeinde Wilmetshofen zur Abwendung des Schadens von der Mühle des Alban Steichele

1) den Schmutterfluß in der ihr nach Herkommen zustehenden Länge zu räumen und auszuschlammen, in dieser

Länge auch die Uferabfälle und sonstigen Einengungen abzugraben,

2) die Ueberwassergräben auszuheben, und

3) bei den demnächst nöthig werdenden Reparaturen der Schmutterbrücke dieselbe auf wenigstens 24 Schuh im Lichte zu erweitern habe u. s. w.

Diesen Beschluß hat jedoch die königliche Regierung von Schwaben und Neuburg auf eingekommene Beschwerde laut Entschließung vom 6. April 1843 in Anbetracht, daß die öffentliche Ordnung und das Publikum nicht als betheiligt erscheine, sondern es sich vielmehr um Rechtsansprüche unter Privaten handelt, wegen mangelnder Competenz als nichtig aufgehoben, und den Alban Steichele mit seinen angeblichen Ansprüchen auf den Civilrechtsweg verwiesen.

Steichele reichte hierauf am 15. Juni 1843 beim k. Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg eine gegen die Gemeinde Wilmetshofen und gegen mehrere Grundbesitzer gerichtete Klage ein, worin der Antrag dahingestellt war, daß richterlich ausgesprochen werden möge,

a) daß die Gemeinde Wilmetshofen schuldig sei, die über den Schmutterfluß führende Brücke auf 24 Schuh in der Lichte zu erweitern,

b) daß die Mitgeklagten Haug und Engwenger schuldig seien, den Abzugskanal auf 4 Schuh Breite und in der nach ausgeglichenem Gefälle nöthigen Tiefe auszuheben, und

c) daß die weiteren Mitbeklagten Mayländer und Consorten schuldig seien, die Schmutter unterhalb der in der Klage bezeichneten Stelle und soweit solche die Wilmetshofer Flur durchzieht, zu räumen und auszuschlammen u. s. w.

Es wurde über diese Klage verhandelt, hierauf aber von obengenanntem Gerichtshofe unterm 8. November 1844 erkannt, daß die Beklagten von der Klage in der angebrachten

Art zu entbinden seien, und dieses Erkenntniß ist am 7. Juni 1847 auch oberstrichterlich bestätigt worden.

Steichele hat hierauf weitere Anträge an die Gerichte nicht gebracht, wohl aber hat er sich unterm 22. September 1847 und auch späterhin wieder an das k. Landgericht Zusmarshausen als Distriktspolizeibehörde gewendet, und um Erneuerung des Beschlusses vom 22. August 1842 mit dem Vorbringen gebeten, daß polizeiliche Einschreitung um so nothwendiger sei, als nun durch die überhand nehmenden Ueberschwemmungen nicht nur seine Mühle den größten Nachtheil leide, sondern auch das Publikum im höchsten Grade gefährdet sei. Eine polizeiliche Einschreitung ist jedoch hierauf nicht erfolgt. Unterm 2. Januar 1849 erließ aber die k. Regierung von Schwaben und Neuburg an das Landgericht Zusmarshausen wegen Reinigung der Bäche und Flüsse und insbesondere wegen verwahrlosten Zustandes des Schmutterflusses in der Flur von Wilmetshofen eine Entschließung, worin sie demselben mehrere der Regierung zur Anzeige gekommene Mißstände mit der Weisung kund gab, daß, da durch die häufigen Ueberschwemmungen die Wiesen in besagter Flur versumpfen, und selbst die Verbindung der benachbarten Ortschaften öfters unterbrochen sei, von Amtswegen die gehörige Reinigung rc. zu veranlassen sei.

In Folge dieses Erlasses, und da die zur gütlichen Beilegung der Sache gemachten Versuche erfolglos waren, hat sodann das kgl. Landgericht Zusmarshausen als Distrikts-Polizeibehörde, nachdem es vorerst unterm 11. Oktober 1849 unter Beiziehung der Betheiligten einen Localaugenschein vorgenommen hatte, mittels Beschlusses vom 2. November 1849 dem Gemeinde-Vorsteher von Wilmetshofen den Auftrag ertheilt, nunmehr binnen 14 Tagen die nöthige Reinigung und Erweiterung des Flußbettes der Schmutter und des damit zusammenhängenden Durchlaßgrabens und der Nebenabzugsgräben zu bewerkstelligen, und wegen entsprechender Erwei-

terung der Schmutterbrücke noch im Herbste die nöthigen Vorarbeiten vornehmen zu lassen, um nach Verlauf des Winters auch diese in Ausführung bringen zu können, wobei der Gemeinde Wilmetshofen bemerkt wurde, daß es sich hiebei nicht bloß von dem Schutze des Müllers Steichele, sondern um Förderung des eigenen Interesses der Gemeinde handle, indem nur durch die Beseitigung der vorhandenen Mißstände den häufigen Ueberschwemmungen und ihren üblen Folgen vorgebeugt werden könne.

Die Gemeinde Wilmetshofen remonstrirte gegen diesen Beschluß, da aber das Landgericht die eingewendete Remonstration mittels Entschließung vom 20. November 1849 mit dem Bedeuten zurückwies, daß wegen Vollzuges der in der Entschließung vom 2. November desselben Jahres angeordnete Reinigung des Flußbettes ꝛc. binnen 6 Tagen bei Strafe von 1 fl. 30 kr. Anzeige zu erstatten sei, wendete sich die Gemeinde mit Beschwerdeschrift vom 12. Februar 1850 an die k. Regierung von Schwaben und Neuburg, und stellte den Antrag, daß dieselbe die frühere Regierungsentschließung vom 6. April 1848 aufrecht erhalten, das Landgericht Zusmarshausen zu deren Respektirung anweisen, und die von letzterem unterm 2. und 20. November 1849 erlassenen Verfügungen vernichten möge. Die k. Regierung hat diese Beschwerde mittels umständlich motivirten Beschlusses vom 13. Oktober 1850, worin insbesondere angeführt ist, daß das Landgericht Zusmarshausen zu den beiden Verfügungen vom 2. und 20. November 1849, durch welche auf Veranlassung der Regierungsentschließung vom 2. Januar 1849 im allgemeinen kulturspolizeilichen Interesse die Reinigung des Flußbettes, Erweiterung der Brücke u. s. w. angeordnet wurde, vollkommen competent war, diese Verfügungen auch mit der Regierungsentschließung vom 6. April 1843 nicht im Widerspruche stehen, da damals nur die Anträge des Müllers Steichele auf den Rechtsweg verwiesen wurden, und die öffentliche Ordnung und das Publikum nach damaliger Akten-

lage noch nicht als betheiligt erschienen, als unbegründet abgewiesen. Nun wendete sich die Gemeinde Wilmetshofen mittels Eingabe vom 17. Januar 1851 an das k. Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg, und stellte unter dem Vorbringen, daß Müller Alban Steichele unter dem veränderten Rubrum „den verwahrlosten Zustand des Schmutterflusses betreffend" dieselbe Rechtsfrage in das Gebiet der polizeilichen und Culturfragen hinüber zu bringen gesucht habe, welche bei den Gerichten anhängig, und worüber vom kgl. Appellationsgerichte unterm 8. November 1844 und vom kgl. Oberappellationsgerichte unterm 7. Juni 1847 erkannt worden sei, hiernach aber die ergangenen Administrativentschließungen offenbare Eingriffe in das Gebiet der Justiz enthielten, den Antrag, sie gegen solche incompetente Angriffe der Administrativbehörden in Schutz zu nehmen, und bei dem kgl. Staatsministerium der Justiz die dringend nothwendige Abhilfe zu veranlassen und zu erwirken.

Das k. Appellationsgericht hat diesen Antrag mittels Beschlusses vom 28. Mai h. Js. zurückgewiesen, worauf dann die Gemeinde Wilmetshofen mittels Eingabe vom 18. Februar l. Js. sich an das k. Staatsministerium der Justiz wendete, und mit dem Vorbringen, daß hier ein Competenz-Conflikt zwischen Justiz- und Administrativbehörden vorliege, die Bitte stellte, den vorwaltenden Conflikt allergnädigst zu beseitigen, und das Ansehen der ergangenen rechtskräftigen richterlichen Entscheidungen aufrecht zu erhalten. Da aber hierauf dem Rechtsanwalte der Gemeinde, dem k. Advokaten Dr. Barth zu Augsburg, laut Rescripts vom 5. April h. Js. bedeutet worden war, daß die Frage: ob im rubricirten Falle ein Competenz-Conflikt vorliege, nicht zum Staats-Ministerium der Justiz ressortirte, da nach Artikel 26 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 die Instruirung und Entscheidung von Competenz-Streitigkeiten nicht mehr zu dem Geschäftskreise des genannten Ministeriums gehört, so hat genannter Rechtsanwalt in einer Eingabe vom

12. Mai h. Js. unter Bezugnahme auf vorallegirtes Gesetz die Entscheidung des obersten Gerichtshofes nachgesucht.

Von diesem Gesuche ist den Betheiligten vorschriftsmäßige Mittheilung gemacht, eine Denkschrift jedoch nicht eingereicht worden.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung, von welcher die Betheiligten in Kenntniß gesetzt wurden, aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die wichtigeren Aktenstücke verlesen wurden. Hierauf erhielt der Vertreter der Gemeinde Wilmetshofen, der k. Advokat Dr. Barth von Augsburg, das Wort, welcher auszuführen suchte, daß es sich hier wirklich von Uebergriffen der Administrativbehörden in der zwischen Müller Steichele und der Gemeinde Wilmetshofen bei dem k. Appellations-Gerichte von Schwaben und Neuburg wegen Beschädigung angebrachten Klagsache, sohin von einem Competenz-Conflikte handle, und seinen schon schriftlich eingebrachten Antrag wiederholte. Diesem trat der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe entgegen, und begründete seinen Antrag dahin, daß ausgesprochen werden möge, daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, daher die Sache wegen Incompetenz hierorts abzuweisen sei.

Diesem Antrage des Staatsanwaltes mußte auch stattgegeben werden.

Nach den im Gesetze über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 Abschn. I. enthaltenen Bestimmungen ist in Bezug auf Competenz-Conflikte zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden die Entscheidung des gesetzlich angeordneten oberstrichterlichen Senates an die Voraussetzung geknüpft, daß wegen Uebergriffen der Gerichte in das Gebiet der Verwaltungsbehörden Differenzen obwalten, und daß die Verwaltungsstellen, welche ihr Gebiet durch die Gerichte verletzt glauben, sich durch Anregung eines Competenz-Conflisktes ihre Rechte wahren wollen. Conf. Art. 1. 2. 3. und 5. l. c.

Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe v. J. 1849 Beil.-Bd. 3, pag. 98, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten v. J. 1850 Beil.-Bd. 3, pag. 242.

In vorliegender Sache ermangelt es aber, wie dieß schon die oben angeführten Thatumstände zu entnehmen geben, an dieser Voraussetzung ganz offenbar, und die Gemeinde weiß ihrem Gesuche selbst keinen anderen Stützpunkt zu unterstellen, als angebliche Uebergriffe der Administrativbehörden in einer anhängigen Rechtssache. Allein die Klagsache, welche Alban Steichele gegen die Gemeinde Wilmetshofen und Consorten wegen Beschädigung am 15. Juni 1843 beim k. Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg anhängig gemacht hatte, ist bereits rechtskräftig erledigt, die seither von den Verwaltungsbehörden im Interesse des öffentlichen Wohles erlassenen Verfügungen gründen sich, wenn sie auch dem Steichele zum Vortheile gereichen mögen, nicht auf die von ihm erhobenen Rechtsansprüche, sondern auf ganz andere Verhältnisse; es bestehen dießfalls zwischen Justiz- und Administrativbehörden auch nicht die geringsten Differenzen, sohin auch kein Competenz-Conflikt — und mußte daher, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 15. Dezember 1851, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr v. Tautphöus als Vorsitzender, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Cucumus; dann Leeb, II. Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

**Freiherr v. Tautphöus, Director.**

Paulus, Sekretär.

# XXI.
## Erkenntniß

**des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 16. Dezember 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Au hinsichtlich des Gesuches des Seifensieders Mathias Lernbecher in der Au um Constatirung der Realität des mit seiner realen Seifensiedergerechtsame verbundenen Rechts zur Haltung eines Verkaufsladens für sein Gewerbserzeugniß in der Stadt München.**

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 3, S. 61—68.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Au hinsichtlich des Gesuches des Seifensieders Mathias Lernbecher in der Au um Constatirung der Realität des mit seiner realen Seifensiedergerechtsame verbundenen Rechts zur Haltung eines Verkaufsladens für sein Gewerbserzeugniß in der Stadt München:

„daß zur Entscheidung des Gesuches des Mathias Lernbecher vom 13. praes. 19. Dezember 1850 die Administrativbehörden competent seien."

**Gründe:**

Der Seifensieder Mathias Lernbecher in der Vorstadt Au besitzt daselbst eine reale Seifensiedergerechtsame, und nimmt als deren Pertinenz das Recht in Anspruch, zum Verkaufe seines Gewerbserzeugnisses einen eigenen Laden in der Stadt München zu halten. Auf eine von dem Vereine der Seifensieder in München am 1. August 1842 wegen dieses Verkaufladens erhobene Beschwerde jedoch erfolgte am 21. Oktober 1842 der denselben inhibirende Beschluß des

Stadtmagistrates München, welcher auch durch Entschließung der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, vom 24. November 1842 bestätiget wurde.

Durch magistratischen Beschluß vom 18. Oktober 1850 wurde sodann, da Lernbecher dem Verbote zuwiderhandelte, die Sperre des Ladens verfügt.

Nun reichte der k. Advokat Schlichthörle Namens des Lernbecher am 19. Dezember 1850 bei dem k. Landgerichte Au ein Gesuch ein um Constatirung des mit seinem realen Seifensiederrechte verbundenen Rechts zur Haltung eines Verkaufsladens für sein Gewerbserzeugniß im Stadtbezirk München. Unter Beilegung des Uebergabsbriefes vom 8. Oktober 1836, welchem zufolge das älterliche Anwesen in der Vorstadt Au mit der realen Seifensiedergerechtsame durch lästigen Titel auf ihn überging, nimmt Lernbecher das Recht des Ladens in der Stadt München in Anspruch auf Grund der Ausübung seit unvordenklicher Zeit, der ordentlichen Verjährung, und eines Herkommens, nach welchem in der Au ansässige Gewerbsmeister dem Zunftverbande der Stadt München angehört haben und das Recht des Verkaufs ihrer Gewerbserzeugnisse in der Stadt München durch daselbst befindliche Läden oder Buden ausüben.

Nach Vorschrift der in dem Rescripte des k. Staatsministeriums der Justiz vom 28. August 1835 enthaltenen Instruktion für das Verfahren bei Constatirung der Realität der Gewerbsrechte theilte das Landgericht Au dieses Gesuch dem Stadtmagistrate München zur Abgabe seiner allenfallsigen Erinnerung durch Communication vom 20. Dezember 1850 mit. In der hierauf abgegebenen Erklärung dd. 17. April 1851 wurde nun aber die Competenz der Justizbehörde zur Entscheidung des fraglichen Gesuches bestritten, indem über die Befugniß zum Gewerbe und über den Inbegriff der mit einem Gewerbe verbundenen Befugnisse nach den bestehenden Gesetzen nur die Gewerbspolizeibehörden zu beschließen hätten, und insbesondere sei die Frage der Ertheilung, des Fort-

bestandes oder der Erlöschung der Befugniß eines Gewerbs-Inhabers zu Verkaufsniederlagen außerhalb der Ansässigkeits-Gemeinde derjenigen Gewerbspolizeibehörde unterstellt, in deren Amtsbezirk die Verkaufsniederlage gehalten werden soll. Die Entscheidung des vorliegenden Falles liegt daher lediglich in der Zuständigkeit des Magistrats der Stadt München.

Laut Erwiederung vom 31. Mai nahm dagegen das k. Landgericht Au „als Gericht des realen Seifensiederrechts des Mathias Lernbecher" die Zuständigkeit auch in Anspruch „für die Realconstatirung des Umfangs jenes realen Rechts, der Pertinenz, der Realität." Mit Entschließung an das k. Landgericht Au dd. 4. Juli 1851 wurde aber auch von der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde behauptet, sofort nach Vorschrift des Gesetzes von 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, Art. III. V. der Competenz-Conflikt angeregt, dieser gemäß Art. VII. instruirt, Namens des Mathias Lernbecher vom Advokaten Schlichthörle auch eine Denkschrift de praes. 9. August 1851 eingereicht, von der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, aber die Entschließung vom 4. Juli 1851 zugleich als Denkschrift bezeichnet. In dieser wurde die Zuständigkeit der Justizstelle unter Beziehung auf die allerhöchste Entschließung vom 28. Dezember 1825, Nr. 3 und auf das Normativ-Rescript vom 24. Juni 1835 in Döllingers Sammlung der Verordnungen Bd. 14, Thl. III. Seite 1042 und 1139, insbesondere deswegen widersprochen, weil vorliegend eine Frage zu bescheiden sei, „welche weder die reale Eigenschaft eines Gewerbs, noch auch die Subsumtion einzelner der streitigen Gewerbsrechte unter den Umfang eines anerkannten realen Gewerbes, sondern lediglich nur den Ort der Gewerbsausübung betreffe, indem die Befugniß des Lernbecher zum Verkauf seines Gewerbserzeugnisses in seiner Gemeinde überhaupt nicht streitig sei, sondern diese Berechtigung nur auf die Gemeinde München, also auf einen andern Ort ausgedehnt werden wolle."

In der Denkschrift des Advokaten Schlichthörle dagegen wird sich für die Competenz der Justizstelle hauptsächlich auf Art. X. Nr. 2 und 3 des Gesetzes von 1825, Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend, bezogen, indem das fragliche Recht vom Lernbecher auf Grund privatrechtlicher Titel beansprucht werde. Auch habe die k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, laut ihrer Entschließungen vom 12. März und 25. Okt. 1850 in einer der vorliegenden ganz gleichen Sache, nämlich die Constatirung der Realität des mit der Nagelschmiedsgerechtsame des Joseph Fischer von der Au verbundenen Rechts zum Nägelverkaufe in einem Laden in München, die Competenz der Justizstelle anerkannt, und insbesondere des Landgerichts Au „weil diesem als dem foro rei sitae für die Hauptsache (des Nagelschmiedrechts) die Jurisdiction auch bezüglich der Zugehör (des Verkaufsladens in München) nicht abgesprochen werden könne."

Nachdem die Sache in der Sitzung am 15. Dezember 1851 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf der für Mathias Lernbecher erschienene k. Advokat Schlichthörle nach nochmaliger Erörterung der Sache seinen in der Denkschrift gestellten Antrag wiederholte.

Auch von Seite des k. Staatsanwalts am obersten Gerichtshofe wurde nach Entwicklung des Sach- und Rechtsverhältnisses der Antrag gestellt auf das Erkenntniß: daß die Justizbehörde zur Entscheidung des Lernbecher'schen Constatirungsgesuchs vom 13. Dezember 1850 competent sei.

Nach Prüfung der vorgebrachten Gründe war diesem Antrage jedoch nicht stattzugeben; denn

1) der Art. X. Nr. 3 des Gesetzes von 1825, Grundbestimmungen für das Gewerbswesen betreffend, ist hierher nicht anwendbar, weil derselbe nur von Streitigkeiten zwischen Betheiligten handelt; vorliegend aber ein Streit zwischen solchen nicht obwaltet.

Wenn aber auch die Bestimmung desselben durch das Justizministerial-Rescript vom 28. August 1835 auf die nichtstreitige Gerichtsbarkeit zum Behufe der gerichtlichen Beurkundung der Realität von Gewerbsrechten ausgedehnt wurde, so folgt daraus nichts bezüglich des vorliegenden Gesuchs vom 19. Dezember 1850; denn

2) es ist nicht von einem Rechte die Rede, welches in den gewerblichen Umfang des realen Seifensiederrechts an sich fällt. Das von Mathias Lernbecher in Anspruch genommene Recht, seine Gewerbserzeugnisse in München mittels Haltung eines eigenen Ladens verkaufen zu dürfen, ist vielmehr

3) unter das Normativ-Rescript vom 24. Juni 1835 zu Art. V. des Gesetzes von 1825 zu subsumiren. Dieses aber bestimmt, daß die Errichtung von Niederlagen außerhalb der Ansässigkeitsgemeinde durch Erholung der obrigkeitlichen Bewilligung bedingt wird. Diesem zufolge

4) kann Lernbecher das Verkaufsrecht in München aus privatrechtlichen Titeln gar nicht in Anspruch nehmen. Es muß ihm vielmehr überlassen bleiben, die obrigkeitliche Bewilligung dazu zu erwirken. Diese zu ertheilen, sind aber nur die Gewerbspolizeibehörden competent.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 16. Dezember 1851, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr v. Tautphöus als Vorsitzender, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichts-Rath Cucumus, der II. Staatsanwalt Leeb, und Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

# XXII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 16. Dez. 1851, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der kgl. Pfarrei Uttenreuth und den Gebrüdern Christoph und Heinrich Knapp, dann des Johann Derbfuß zu Rosenbach.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 4, S. 79—83.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, in Sachen der Handlohnsfixation zwischen der k. Pfarrei Uttenreuth und den Gebrüdern Christoph und Heinrich Knapp, dann des Johann Derbfuß zu Rosenbach:

„daß das k. Appellationsgericht von Mittelfranken competent sei, die Berufung der Gebrüder Knapp und des Johann Derbfuß gegen den Ausspruch der Schätzer vom 12. Juni 1850 zu entscheiden."

**Gründe:**

Die Hofgüter des Johann Derbfuß Haus-Nr. 15, dann der Gebrüder Christoph und Heinrich Knapp Haus-Nr. 16 zu Rosenbach, Landgerichts Erlangen, sind der k. Pfarrei Uttenreuth handlohnbar. Da auf gütlichem Wege die Fixation des Handlohns nicht zu erzielen war, wurde zur Abschätzung der Güter unter amtlicher Leitung geschritten. Jede der Parteien brachte zwei Schätzer in Vorschlag, der fünfte wurde vom k. Landgerichte Erlangen ernannt und so am 12. Juni 1850 die Schätzung vorgenommen. Die Grundholden beruhigten sich aber bei dem Ergebnisse der-

selben nicht, sondern ergriffen die Berufung an das k. Appellationsgericht von Mittelfranken. Durch Erkenntniß vom 16. August 1850 wies jedoch dieser Gerichtshof die Sache wegen Incompetenz ab, und die dagegen an das k. Ober-Appellationsgericht erhobene Beschwerde wurde als unzuläßig zurückgewiesen. Aber auch von der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, wurde durch Entschließung vom 24. März 1851 auf den dahin ergriffenen Recurs die Zuständigkeit abgelehnt.

Mit Eingabe des k. Advokaten Dr. Spengel wurde nun Namens der Gebrüder Knapp und des Johann Derbfuß mit dem Antrage auf ein die Competenz des k. Appellationsgerichts aussprechendes Erkenntniß der Competenz-Conflikt angeregt, dieser nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Mai 1850 instruirt, Denkschriften aber wurden weder von der k. Regierung noch von Seite der Pfarrei Uttenreuth eingereicht.

Nachdem die Sache in heutiger Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von den Parteien keine erschienen war, der k. Staatsanwalt das Wort nahm, und den Antrag auf ein die Competenz des k. Appellationsgerichts aussprechendes Erkenntniß stellte.

Diesem Antrage war auch stattzugeben.

Den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses des k. Appellationsgerichts zufolge erachtete sich dieses deßhalb für incompetent, weil der Art. XI. Nr. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, die Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten betreffend, nur von Berufungen gegen Aussprüche der Schätzer in Zehentfixationssachen spreche, sohin keine Anwendung zulasse, wenn die Fixation eines Handlohnes in Frage sei, in welchem Falle es vielmehr bei der in Art. XIX. aufgestellten Regel sein Verbleiben haben müsse. Allein,

a) gemäß Art. XV. Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juni 1848 sind die Bestimmungen der Verordnung vom

19. Juni 1832, obgleich ursprünglich nur für die Fixirung und Ablösung der unständigen Besitzveränderungsgefälle des Staates gegeben, nunmehr ein Bestandtheil jenes Gesetzes selbst, und die zufolge dieser Verordnung subsidiär angeordnete Schätzung hat sohin auch als eine durch das Gesetz von 1848 vorgeschriebene Schätzung zu gelten. Nun aber

b) verfügt Nr. 4, Art. XI. dieses Gesetzes, daß die Zehentschätzungen, wie alle übrigen im gegenwärtigen Gesetze vorgeschriebenen Schätzungen, nach Maßgabe der im Art. XI. Nr. 4 enthaltenen Bestimmungen vorgenommen werden sollen:

c) es ist sohin klar, daß, wenn bei der Handlohnsfixirung der Fall eintritt, für welchen die Verordnung von 1832 die Schätzung angeordnet hat, diese jetzt, wie es vorliegend auch geschah, nach den Vorschriften des Gesetzes von 1848 Art. XI. Nr. 4 zu vollziehen ist, daß also gegen die Entscheidung der Schätzer auch die Berufung an das Appellationsgericht stattfindet. Auch steht

d) die Instruktion vom 7. Juni 1848 §. 12, Abs. 3 damit vollkommen im Einklange, indem daselbst sogar ausdrücklich noch auf den §. 9 (der Instruktion) verwiesen wird, wo es heißt: „Glaubt ein Betheiligter nachweisen zu können, daß es dem Ergebnisse der Schätzung an richtigem inneren Zusammenhange fehle, so steht es ihm frei, auf gerichtliche Verwerfung derselben anzutragen.“

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 16. Dezember 1851, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr v. Tautphöus als Vorsitzender, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath

Cucumus, dann Leeb II. Staatsanwalt und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

---

## XXIII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 16. Dezember 1851, bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken u. Aschaffenburg und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, in der Untersuchungssache gegen Nikolaus Müllerklein und Adam Hüsam wegen Jagdfrevels obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 5, S. 89—95.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, in der Untersuchungssache gegen Nikolaus Müllerklein und Adam Hüsam wegen Jagdfrevels obwaltenden verneinenden Compentenz-Conflikts:

„daß die Gerichte zur Führung und Aburtheilung vorerwähnter Untersuchungssache zuständig seien.“

**Gründe:**

Das k. Landgericht Karlstadt hat einen am 23. Juni 1849 in der Laudenbacher Jagdrevier verübten polizeilich strafbaren Jagdfrevel nach von ihm am 11. Juli 1849 be-

gonnener und durchgeführter Untersuchung mittels Strafbeschlusses vom 17. September 1850 als Civilgericht abgeurtheilt.

Diesen landgerichtlichen Beschluß hat das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg auf dahin eingewendete Beschwerde laut Erkenntniß vom 19. Mai heurigen Jahres, weil wegen fraglichen Jagdfrevels vom besagten Landgerichte schon am 11. Juli 1849 polizeiliche Untersuchung eingeleitet worden, nach dem Rechtsgrundsatze, ubi lis coepta, ibi finienda, aber jene Behörde, welche die Untersuchung begonnen (hier die Polizeibehörde) auch das Urtheil sprechen soll, und der Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes auf den hier vorliegenden Fall die Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, nicht entgegenstehen könnten, da diesem Gesetze eine rückwirkende Kraft von dem Gesetzgeber nicht beigelegt sei, sonach das k. Landgericht Karlstadt als Civilgericht nicht competent gewesen, in vorliegender Sache zu urtheilen, als nichtig mit dem Beifügen aufgehoben, daß dem Landgerichte Karlstadt die weitere geeignete Verfügung im Administrativwege überlassen bleibe.

Das k. Landgericht Karlstadt hat hierauf mittels eines am 26. Mai heurigen Jahres den Betheiligten verkündeten Strafbeschlusses diese Sache als Distriktspolizeibehörde abgeurtheilt.

Auf eingewendeten Recurs hat aber dann die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, unterm 10. Juli heurigen Jahres auch letzterwähnten Beschluß als nichtig außer Wirksamkeit gesetzt, weil gemäß Gesetz vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, die Zuständigkeit in solchen Frevelsachen mit dem 20. August 1850 von den Polizeibehörden an die Civilgerichte übergegangen sei, sohin es dem Landgerichte Karlstadt an der Zuständigkeit ermangelte, in der Eigenschaft als Polizeibehörde nach dem 20. August 1850 in vorliegender Sache noch ein Urtheil zu erlassen.

Das k. Kreisfiskalat von Unterfranken und Aschaffenburg hat hierauf unterm 6. August heurigen Jahres ein Gesuch um Entscheidung des hier vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikte eingebracht, und den Antrag gestellt, es möge der oberste Gerichtshof aussprechen, daß im vorliegenden Falle die richterliche Competenz gegeben sei, und das k. Appellationsgericht sohin auch über die gegen den Strafbeschluß vom 17. September 1850 eingewendete Berufung zu erkennen habe, was Rechtens ist.

Von diesem Gesuche ist sämmtlichen Betheiligten gehörige vorschriftsmäßige Mittheilung gemacht, von keiner Seite aber eine Denkschrift eingereicht worden.

Nachdem nun diese Sache, da sie in gestriger Sitzung nicht mehr vorgenommen werden konnte, in heutiger öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner unter Ablesung der wichtigeren Aktenstücke Vortrag, worauf, da sich von Seite der Betheiligten, geschehener Ladung ungeachtet, Niemand eingefunden hatte, der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, auszusprechen,

> „daß die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg auf die gegen den Beschluß des k. Landgerichts Karlstadt als Distriktspolizeibehörde vom 26. Mai 1851 erhobene Berufung zu erkennen habe."

Bei hierauf stattgehabter Prüfung hat sich ergeben, daß in vorliegender Sache für die Competenz der Gerichte zu entscheiden sei.

Das Gesetz vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, setzt in Art. 9 die Competenzverhältnisse in der Art fest, daß bei den als Verbrechen oder als Vergehen strafbaren Jagdfreveln hinsichtlich der Untersuchung und Aburtheilung die Vorschriften der allgemeinen Straf-

gesetzgebung in Anwendung zu kommen haben, bei den als Polizeiübertretungen strafbaren Jagdfreveln dagegen die Untersuchung und Aburtheilung nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften durch die Civilgerichte erster Instanz, in deren Bezirk die Uebertretung begangen wurde, zu erfolgen habe, und gegen deren Aussprüche Berufung an das nächst höhere Gericht zulässig sei.

Diese Bestimmung ist nach Art. 11 des angeführten Gesetzes mit dem 20. August 1850 als dem Verkündungs-Tage in allen Landestheilen diesseits des Rheins in Wirksamkeit getreten, woraus von selbst folgt, daß, wenn auch die vorliegende Untersuchungssache bis dahin zur Polizei ressortirte, doch diese, da sie am 20. August 1850 die Untersuchung noch gar nicht zu Ende geführt, viel minder abgeurtheilt hatte, nicht weiter mehr einschreiten konnte, sondern die Untersuchung zur weiteren Fortführung und Aburtheilung an das betreffende Gericht zu übergeben war und nur von letzterem die Sache competenzmäßig weiter behandelt werden konnte.

Wenn man die Gerichte in vorliegender Sache aus dem Grunde als zuständig nicht erachten zu können glaubte, weil das Gesetz vom 25. Juli 1850 nirgends eine ausdrückliche Bestimmung über rückwirkende Kraft enthalte, so ist dabei außer Acht gelassen worden, daß es sich hier nur von der die Competenzverhältnisse regulirenden Vorschrift des besagten Gesetzes handelt, in Ansehung des Competenzverhältnisses aber sich von selbst versteht, daß die geschehene Zuweisung der Sache an die Gerichte nicht bloß die erst nach dem 20. August beginnenden, sondern auch alle damals noch im Laufe befindlichen Untersuchungen in sich begreife, indem eine Ungleichartigkeit hierin nicht statthaft sei, daher denn, wie oben geschehen, erkannt werden mußte.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 16. Dezember 1851, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr

v. Tautphöus als Vorsitzender, Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Cucumus, dann Leeb II. Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

---

## XXIV.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 2. April 1852 in der Untersuchungssache gegen Kilian Müller von Frohnhofen, wegen unbefugter Jagdausübung, hier einen zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikt betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 18, S. 401—408.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in der Untersuchungssache gegen Kilian Müller von Fronhofen, wegen unbefugter Jagdausübung, hier einen zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikt betreffend, zu Recht:

„daß das k. Appellationsgericht zur Bescheidung der Berufung des Kilian Müller competeut sei."

**Gründe:**

Auf Anzeige des k. Forstamts, daß der Gastwirth Kilian Müller von Frohnhofen am 11. Dezember 1849 mit mehreren

Gefährten in der von ihm gepachteten Jagdrevier ein Treibjagen abgehalten, dabei aber auch den zum k. Jagdrevier gehörigen Frohnhofer-Erbbestandswald durchgetrieben und dort zwei Rehe geschossen habe, leitete das k. Landgericht Rothenbuch durch Verfügung vom 22. Dezember 1849 polizeiliche Untersuchung ein, und erließ sodann am 9. August 1850 einen polizeilichen Strafbeschluß, wodurch es den Kilian Müller wegen unbefugten Jagens zu einer Geldstrafe von 15 fl. und in die Untersuchungskosten verurtheilte.

Dieser Beschluß wurde dem Kilian Müller am 16. August 1850 verkündet, und derselbe wendete hierauf Rekurs an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg ein, worauf das Landgericht die Akten nebst Rekursschrift genannter Stelle zur Verbescheidung vorlegte.

Die k. Regierung übersendete jedoch diese Akten sammt Rekursschrift auf den Grund des am 20. August 1850 verkündeten und in Wirksamkeit getretenen Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, dem k. Appellationsgerichte zu Aschaffenburg zur competenzmäßigen Verfügung.

Dieser Gerichtshof ordnete hierauf auch durch eine am 26. November 1850 an das k. Landgericht Rothenbuch erlassene Entschließung zur Vervollständigung der Untersuchung mehrere Erhebungen an, nachdem ihm aber die Akten mit den gemachten Erhebungen vom Landgerichte vorgelegt worden waren, schickte derselbe solche sammt Rekursschrift mittels Schreibens vom 17. März 1851 der k. Regierung zur weiteren Verfügung mit dem Bemerken zurück, daß er, da die Verübung der fraglichen That, und der vom Landgerichte Rothenbuch am 9. August erlassene am 16. August 1850 publizirte Strafbeschluß in eine Zeit fallen, zu welcher das die Zuständigkeit der Justizbehörden begründende Gesetz über Bestrafung der Jagdfrevel vom 25. Juli 1850 (erschienen im Gesetzblatt vom 20. August 1850) noch nicht verkündet, sohin noch nicht in Wirksamkeit getreten war, einem Gesetze

aber in der Regel rückwirkende Kraft nicht beizulegen sei, das erwähnte Gesetz aber auch eine von dieser Regel abweichende ausdrückliche Bestimmung nicht enthalte, zur Verbescheidung des von Kilian Müller eingewendeten Rekurses sich nicht für competent erachte.

Auch die k. Regierung lehnte die Verbescheidung des Müller'schen Rekurses aus dem Grunde ab, weil seit 20. August 1850 die polizeiliche Competenz in derlei Jagd-Frevelsachen dem oben allegirten Gesetze zufolge erloschen sei, und die dießfallsige Zuständigkeit als an die Civilgerichte übergegangen erachtet werden müsse, machte jedoch dem Kreis-Fiskalate wegen Anregung des vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts Mittheilung.

Das Kreisfiskalat kam hierauf am 20. September 1851 mit einem Gesuche um Verbescheidung des vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts ein, worin es den Antrag stellte, oberstrichterlich auszusprechen, daß die richterliche Competenz in vorliegendem Falle gegeben sei, das k. Appellationsgericht sohin auf die eingekommene Berufung Beschluß zu fassen habe.

Von diesem Gesuche ist den Betheiligten gehörige Mittheilung gemacht worden, worauf jedoch lediglich von Kilian Müller eine Erklärung und zwar des Inhalts eingekommen ist, daß es bei dem Bewußtsein einer gerechten Sache ihm gleichgültig sei, von welcher Behörde die Entscheidung erfolge, er jedoch jedenfalls sich gegen die auf den Competenz-Conflikt erlaufenden Kosten sich verwahre.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner unter Ablesung der wichtigeren Aktenstücke Vortrag, worauf, da von den Betheiligten Niemand erschienen war, der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, auszusprechen:

„daß das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg zuständig sei.“

Bei Prüfung der Sache hat sich auch ergeben, daß diesem Antrage gemäß zu entscheiden sei.

Das am 9. August 1850 vom k. Landgerichte Rothenbuch in seiner Eigenschaft als Polizeibehörde gefaßte, am 16. August 1850 verkündete Urtheil ist zwar allerdings von genannter Behörde noch competenzmäßig erlassen, weil zu jener Zeit die Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, noch nicht in Wirksamkeit getreten waren. Gleichwohl ressortirt die Verbescheidung der gegen dieses Urtheil eingekommenen Berufung nicht mehr an die höhere Administrativ- sondern an die höhere Gerichtsstelle, weil das inzwischen in allen Landestheilen in Wirksamkeit getretene vorerwähnte Gesetz Art. 9 selbst auch bezüglich der als Polizeiübertretung bezeichneten Jagdfrevel Untersuchung und Aburtheilung den Civilgerichten zugewiesen, und somit den Administrativbehörden entzogen hat, weil es ferner zur unbedingten Anwendung der Bestimmungen des Art. 9, lit. c keineswegs nothwendig war, erst noch im Gesetze besonders auszudrücken, daß die dort enthaltene Vorschrift auch auf alle jene Fälle anzuwenden sei, welche am Tage der Verkündung des Gesetzes noch nicht rechtskräftig entschieden sind, da es sich nur von einer die Competenz-Verhältnisse regulirenden Vorschrift handelt, deren allgemeine Wirksamkeit sich, wie bereits in einer früheren im Regierungs-Blatte 1852 Stück V. pag. 59 veröffentlichten oberstrichterlichen Competenz-Confliktsentscheidung erörtert ist, von selbst ergibt, und hienach die Zuständigkeit des Appellationsgerichts in vorliegender Sache, das übrigens seine Competenz sogar dadurch, daß es in Folge der von der Regierung geschehenen Rekursschrifts- und Aktenmittheilung unterm 26. November 1850 mehrfache, das Materielle des Falles betreffende Erhebungen beschlossen und angeordnet hat, schon anerkannt hatte, um so minder rechtlich zu beanstanden ist, als auch

die Justizbehörden in derlei Fällen laut des osterwähnten Artikels 9 lediglich nach den für Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften zu verfahren haben, daher denn, wie oben geschehen erkannt werden mußte.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 2. April 1852, wobei zugegen waren:

Frhr. v. Gumppenberg, I. Präsident, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichts-Rath Herschmann, Ministerialrath Pfeufer, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, dann Leeb II. Staats-Anwalt am obersten Gerichtshofe, und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 2. April 1852 in der Untersuchungssache gegen Carl Amrhein von Weibersbrunn und Compl. wegen Jagdfrevels, hier wegen Competenz-Conflikts zwischen Justiz- und Administrativbehörden.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 19, S. 417—424.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in der Untersuchungssache gegen Carl Amrhein von Weibersbrunn und Compl. wegen Jagdfrevels, hier wegen Competenz-Conflikts zwischen Justiz- und Administrativbehörden zu Recht:

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sohin die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei."

## Gründe:

Die Gehülfen des k. Revierförsters zu Altenbuch haben am 7. Juli 1850 in der k. Jagdrevier Krausenbach, Landgerichts Rothenbuch in Unterfranken, nachdem sie vorher zwei mit Rothwildfleisch gefüllte Säcke aufgefunden hatten, zwei mit Flinten bewaffnete Bursche betreten, welche jedoch auf Anrufen der Ersteren die Flucht ergriffen und entsprangen. Das k. Landgericht Rothenbuch hat auf die demselben am 8. Juli 1850 wegen dieses Vorganges gemachte Anzeige polizeiliche Untersuchung eingeleitet, und am 22. August 1850 als Polizeibehörde Erkenntniß dahin gefaßt, daß Carl Amrhein aus Weibersbrunn des Wilddiebstahls in der k. Jagdrevier Krausenbach unter erschwerenden Umständen schuldig, und deßhalb mit 14tägigem doppelt geschärften Polizeiarreste zu bestrafen sei u. s. w.

Dieses Erkenntniß wurde dem Carl Amrhein am 30. August 1850 verkündet, und derselbe ergriff hiegegen den Rekurs an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, worauf das Landgericht Rothenbuch die betreffenden Akten sammt Rekursschrift mit Bericht vom 30. Oktober 1850 an die genannte Stelle zur Entscheidung einsendete.

Die k. Regierung theilte hierauf fragliche Akten sammt Rekursschrift mittels Schreibens vom 17. Oktober 1850 dem k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg mit dem Bemerken mit, daß, nachdem das Gesetz vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, im Art. 9 und 11 die Competenz auch zur Bescheidung der als Polizei-Uebertretung bezeichneten Jagdfrevel seit 20. August 1850 als dem Verkündungstage des besagten Gesetzes den Justizbehörden zugewiesen habe, es sich veranlaßt finde, die an die Regierung gerichtete Rekursschrift des Carl Amrhein sammt Akten dem k. Appellationsgerichte zur compe-

tenzmäßigen Verfügung zu übersenden. Dieser Gerichtshof schloß aber diese Rekursschrift sammt Akten mittels Schreibens vom 28. Dezember 1850 der k. Regierung mit dem Beifügen zurück, daß er sich zur Bescheidung dieses Rekurses nicht für competent erachte, da das in Frage befangene Reat bereits am 7. Juli 1850, sonach vor Erscheinen des neuen Gesetzes über Jagdfrevel begangen worden sei, und Gesetze in der Regel keine rückwirkende Karft haben, wenn nicht solches, wie bei dem Gesetze über Malzaufschlagsdefraudationen vom 10. November 1848 von dem Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt worden sei.

Unterm 10. Juli 1851 faßte hierauf die k. Regierung Beschluß dahin, daß, da mit dem 20. August 1850 nach dem Gesetze über Bestrafung der Jagdfrevel vom 25. Juli 1850 die Zuständigkeit in solchen Frevelsachen von den Polizeibehörden an die Civilgerichte übergegangen sei, demnach dem k. Landgerichte Rothenbuch es an der Competenz, als Polizeibehörde in vorliegender Untersuchungssache zu urtheilen, wie es durch den Strafbescheid vom 22. August 1850 gethan, ermangelt, auf die von Carl Amrhein eingelegte Berufung der erstinstanzliche Polizeibeschluß des Landgerichts Rothenbuch vom 22. August 1850 als nichtig außer Wirksamkeit gesetzt werde, und theilte diesen Beschluß dem genannten Landgerichte mit der Eröffnung mit, daß, nachdem auch das k. Appellationsgericht mittels Schreibens vom 28. Dezember 1850 seine Incompetenz in vorwürfiger Sache erklärt habe, das Kreisfiskalat wegen Bescheidung des vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts geeigneten Antrag stellen werde.

Am 5. August 1851 reichte sofort das Kreisfiskalat ein Gesuch um Verbescheidung des obwaltenden verneinenden Competenz-Confliktes ein, und stellte den Antrag, oberstrichterlich auszusprechen, daß die richterliche Competenz in vorliegender Sache gegeben, das k. Landgericht Rothenbuch sohin als Civilgericht I. Instanz in dieser Untersuchungssache Beschluß zu erlassen habe.

Von diesem Gesuche ist den Betheiligten gehörige Mittheilung gemacht worden, von keiner Seite aber eine Denkschrift eingekommen.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwerfelner unter Ablesung der wichtigern Aktenstücke Vortrag, worauf, da sich von Seite der Betheiligten Niemand eingefunden hatte, der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, auszusprechen,

„daß ein Competenz-Conflikt zur Zeit nicht gegeben sei,

eventuell,

daß die Gerichte zur Entscheidung der Sache zuständig seien."

Bei Prüfung der Sache hat sich ergeben, daß nach dem primären Antrage des Staatsanwalts zu erkennen sei.

Die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg hat das vom k. Landgerichte Rothenbuch als Polizeibehörde erst nach bereits stattgehabter Verkündung des Gesetzes über Bestrafung der Jagdfrevel vom 25. Juli 1850 erlassene Strafurtheil vom 22. August 1850 durch Entschließung vom 5. August 1851 deßhalb vernichtet, weil es der Polizeibehörde im besagten Zeitpunkte bereits an der Competenz zur Aburtheilung mangelte und die Sache hienach an die Civilgerichte gehörte. Demnach würde ein verneinender Competenz-Conflikt in vorliegender Sache nur dann gegeben seyn, wenn hierauf d. h. nach erfolgter Vernichtung des polizeilichen Strafurtheils die einschlägigen Civilgerichte zur weiteren Behandlung und Aburtheilung dieser Sache sich als unzuständig erklärt hätten. Art. 10 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850.

Da dieses aber nicht geschehen ist, wie aus obiger Darstellung erhellt, und bei Hinweisung auf die, bezüglich des

Competenz-Conflikte in der Untersuchungssache gegen Nikolaus Müllerklein und Adam Hüsam wegen Jagdfrevels, unterm 16. Dezember v. Js. ergangene oberstrichterliche Entscheidung (Regierungsblatt 1852 Stück V. pag. 89) dieß auch nicht zu gewärtigen steht, das betreffende Civilgericht erster Instanz seit Erlassung der obenerwähnten Regierungs-Entschließung vom 5. August 1851 auch noch gar nicht zu einer Beschlußfassung in dieser Sache veranlaßt war, die vom k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg in dessen Schreiben vom 28. Dezember v. Js. ausgesprochene Ansicht aber bezüglich der Competenz der Gerichte um so minder präjudizirlich erscheint, als eine Bescheidung des Rekurses gegen das von der Polizeibehörde erst nach Verkündung des oben angeführten Gesetzes erlassene Strafurtheil dahin nicht ressortirte, und daher mit vollem Rechte abgelehnt wurde, so ist ein Competenz-Conflikt im Sinne des Gesetzes vom 28. Mai 1850 hier nicht vorhanden, und mußte sohin, wie oben geschehen erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 2. April 1852, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Herschmann, Ministerialrath Pfeufer, Appellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, dann Leeb, II. Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe, und Appellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# XXVI.
## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 2. April 1852, bezüglich des in der Untersuchungssache gegen Georg und Michael Götz von Thüngersheim zwischen Justiz- und Administrativbehörden angeblich obwaltenden Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 19, S. 424—431.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des in der Untersuchungssache gegen Georg und Michael Götz von Thüngersheim zwischen Justiz- und Administrativbehörden angeblich obwaltenden Competenz-Conflikts zu Recht:

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sohin die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei."

### Gründe:

Anton Adam Oechsner von Thüngersheim machte, als er am 7. Mai 1851 auf sein 1/2 Stunde von Thüngersheim entferntes s. g. Baumfeld ging, die Wahrnehmung, daß von den daselbst befindlichen Fruchtbäumen ein Birnbaum und ein Zwetschgenbaum, beiläufig zwei Zoll vom Boden weg, abgesägt und entwendet worden waren. Bei näherer Nachsuchung fand sich das Holz von diesen Bäumen in Scheitern aufgearbeitet in den in der Nähe befindlichen Rebenhaufen des Georg Götz und Michael Götz von Thüngersheim vor, und der bezüglich dieses Vorgangs am 10. Juni 1851 beim k. Landgerichte Würzburg r./M. vernommene Damnificat gab an, daß er keinen Grund habe, anzunehmen, daß die Bäume ihm aus Bosheit oder Muthwillen abgeschnitten worden, sondern vielmehr glaube, daß es dem Thäter lediglich um das Holz zu thun war; fügte übrigens bei, daß der Werth des Birnbaums, da es noch ein junger tragbarer Baum gewesen, mindestens auf 10 bis 12 fl., der Werth

des Zwetschgenbaumes aber, da dieser schon alt gewesen, höchstens auf 3 fl. in Anschlag zu bringen sei, daß, wenn man aber bloß den Werth des Holzes in Anschlag bringe, solcher von den beiden Bäumen nur auf 4 fl. sich berechne.

Nach durchgeführter polizeilicher Untersuchung sprach das obengenannte Landgericht als Distriktspolizeibehörde mittelst Beschlusses vom 16. Juni 1851 aus, daß Georg und Michael Götz des angezeigten Holzdiebstahls schuldig erklärt, und jeder derselben zu vierwochentlicher Gefängnißstrafe verurtheilt werde, wobei in den Gründen angeführt wurde, daß in Rücksichtsnahme auf den Werth des entwendeten Holzes zu 4 fl. gemäß Verordnung vom 25. März 1816, die Strafgesetze wider den Diebstahl betreffend, in der vorerwähnten Weise habe erkannt werden müssen.

Die Verurtheilten wendeten hiegegen den Recurs an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg ein, und diese erließ hierauf unterm 31. Juli 1851 Entschließung dahin, daß, in Erwägung, daß der von dem Damnificaten angegebene Schadensbetrag bezüglich der ihm abgeschnittenen und entwendeten zwei Fruchtbäume auf 13 — 15 fl. sich beläuft, nach der Größe dieses Betrages aber wohl ein strafrechtlicher, aber kein polizeilich strafbarer Thatbestand vorliege, der landgerichtliche Bescheid vom 16. Juni 1851 wegen Mangels eines strafpolizeilichen Reates außer Wirksamkeit zu setzen, und der vorwürfige strafrechtliche Reat zur Untersuchung und Aburtheilung vor die Justizbehörde zu verweisen sei.

Es wurden hienach die betreffenden Akten vom k. Landgerichte Würzburg r/M. an den Staatsanwalt am k. Kreis- und Stadtgerichte Würzburg eingesendet, und von diesem dem genannten Gerichte vorgelegt.

Letzteres hat dann am 5. September 1851, übereinstimmend mit dem vom Staatsanwalte gestellten Antrage, in der Erwägung,

1) daß im gegebenen Falle nicht der Thatbestand einer ausgezeichneten Eigenthumsbeschädigung, sondern der

Thatbestand eines Diebstahls vorliege, indem Art. 383 und 385 Thl. I. des Strafgesetzbuches zum Begriffe des Vergehens der Eigenthumsbeschädigung vorsätzlich rechtswidrige Zerstörung oder Beschädigung des fremden Eigenthums erfordert, bei dem hier fraglichen Reate aber nicht die Absicht zu beschädigen, sondern die Absicht zu stehlen vorwalte;

2) daß bei Entscheidung der Frage, ob der Diebstahl eine polizeiliche Uebertretung oder ein Vergehen sei, der Werth des entwendeten Gegenstandes den Ausschlag gebe, welcher, da nicht die Fruchtbäume als solche, sondern das Holz derselben gestohlen wurde, nur die Summe von 4 fl. beträgt, zu Recht erkannt: es sei ein strafrechtlicher Reat nicht gegeben, sonach die Sache zur polizeilichen Cognition geeignet.

Hierauf hat der Staatsanwalt die Akten wieder dem Landgerichte mit dem vorerwähnten Erkenntnisse hinausgeschlossen, und dieses hat solche neuerlich der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg mit dem vorerwähnten Erkenntnisse zur weiteren Verfügung vorgelegt.

Am 18. Oktober v. Js. hat sodann das k. Kreisfiskalat ein Gesuch um Entscheidung des hier zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden obwaltenden negativen Competenz-Conflikts eingereicht, und indem es auszuführen suchte, daß es sich von einer durch Artikel 383 und 385 Theil I. des Strafgesetzbuches verpönten Beschädigung von Fruchtbäumen, sohin von einer als Vergehen zu bestrafenden That handle, den Antrag gestellt, den Competenz-Conflikt gegen die Justizbehörde zu entscheiden.

Von diesem Behufe ist den Betheiligten gehörige Mittheilung gemacht worden, von keiner Seite aber eine Denkschrift eingekommen.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Berichterstatter ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner un-

ter Ablesung der wichtigeren Aktenstücke Vortrag, worauf, da sich von Seite der Betheiligten Niemand eingefunden hatte, der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, auszusprechen:

„daß hier ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, somit die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei.“

Diesem Antrage des Staatsanwaltes mußte auch aus nachstehenden Motiven stattgegeben werden.

Das k. Kreis- und Stadtgericht Würzburg hat in dem am 5. September v. Js. erlassenen oben angeführten Erkenntnisse angenommen, daß die fragliche That nicht die Merkmale eines Vergehens, sondern blos die Merkmale eines polizeilich strafbaren Diebstahls an sich trage, und hat hiernach die Sache als zur polizeilichen Cognition geeignet erklärt, zu welchem Ausspruche dasselbe gemäß Artikel 49 und 54 des Strafprozeßgesetzes vom 10. November 1848 auch unbestreitbar competent war.

Daß unter den in diesem Erkenntnisse angenommenen Voraussetzungen die Sache vor die Polizeibehörden gehöre, läßt sich nicht bestreiten, und ist auch nicht in Abrede gestellt, allein es wird entgegen behauptet, und auszuführen gesucht, daß die Merkmale der That in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse nicht richtig beurtheilt seien, daß die That wirklich die Merkmale eines Vergehens an sich trage, wie dieß auch die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg in ihrer unterm 31. Juli v. Js. erlassenen Entschließung angenommen hat, und hieraus will dann die Zuständigkeit der Gerichte gefolgert werden.

Ganz unverkennbar bildet aber hiebei die Competenz-Frage nur eine untergeordnete und blos accessorische Frage, die mit der Entscheidung der Frage, welche Merkmale die fragliche That an sich trage, von selbst ihre Lösung findet.

Ueber letzterwähnte, die Qualification der That, das

Materielle der Sache betreffende Frage, sich auszusprechen, liegt aber, nicht zu erwähnen, daß wenn die dießfallsige Annahme des Kreis- und Stadtgerichts Würzburg angefochten werden wollte, dieß gemäß Artikel 60 des oben allegirten Strafprozeßgesetzes nur im Berufungswege durch die Staatsanwaltschaft hätte geschehen können, und abgesehen ferner davon, daß die besagte Regierungsentschließung vom 31. Juli 1850 nach dem damaligen Stand der Sache einer neuerlichen Aburtheilung durch die Polizeibehörden ohnehin nicht hindernd entgegensteht, ganz außer dem Bereiche des durch das Gesetz über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 zur Entscheidung von Competenz-Conflikten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden angeordneten oberstrichterlichen Senates, es ist den erörterten Verhältnissen zufolge hier ein Competenz-Conflikt im Sinne des vorerwähnten Gesetzes gar nicht vorhanden, und mußte demnach, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 2. April 1852, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Herschmann, Ministerialrath Pfeufer, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, dann Leeb, II. Staatsanwalt am obersten Gerichtshof, u. Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# XXVII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs, in Sachen des Johann Baptist Ritter, vormaligen Sekretärs der k. Hof- und Staatsbibliothek zu München, gegen den k. Fiskus, wegen Alimentation, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte dieses Kreises betr.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 21, S. 457—470.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Johann Baptist Ritter, vormaligen Sekretärs der k. Hof- und Staatsbibliothek zu München, gegen den k. Fiskus, wegen Alimentation, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte dieses Kreises betreffend, zu Recht:

> „daß die Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung der von J. B. Ritter auf Erhöhung seines Unterhaltsbeitrages am 21. März praes. 16. April v. J. gestellten Klage nicht competent seien."

### Gründe:

Johann Baptist Ritter, vormals Sekretär der k. Hof- und Staatsbibliothek dahier, wurde wegen fortgesetzten Verbrechens der Amtsuntreue durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 18. November 1845 seines Dienstes entsetzt, und zu sechsjähriger Festungsstrafe zweiten Grades, sowie zum Ersatze des Unterschlagenen im Betrage von 6505 fl. verurtheilt. Ein Theil der bemerkten Freiheitsstrafe wurde ihm jedoch im Gnadenwege erlassen, und sofort derselbe bereits am 24. Juni 1849 in Freiheit gesetzt, worauf er seinen Wohnsitz wieder in München nahm.

Durch den erwähnten Ersatz an die k. Hof- und Staatsbibliothek wurde sein ganzes Vermögen aufgezehrt, und da er von keiner Seite eine Privatunterstützung zu beziehen oder anzusprechen hatte, durch ärztliche Zeugnisse aber wegen körperlicher Gebrechen und namentlich wegen großer Gesichtsschwäche für gänzlich unfähig erklärt wurde, sich durch irgend eine Beschäftigung den nothwendigen Lebensunterhalt selbst zu erwerben, so suchte er durch das k. Staatsministerium des Innern eine angemessene Alimentation zu erlangen, die ihm auch durch Finanz-Ministerial-Rescript vom 9. Oktober 1849 anfangs zu monatlichen 12 fl., dann auf weiteres Ansuchen durch Rescript vom 16. Juni 1850 zu monatlichen 15 fl. jedoch vom 1. Juli 1850 an nur unter der Bedingung bewilligt wurde, daß er seinen Aufenthalt außerhalb München nehmen würde.

Ritter, sowohl durch diese beigefügte Bedingung als auch dadurch sich verletzt fühlend, daß ihm nicht der zu seinem Unterhalte unentbehrliche Betrag von monatlichen 25 fl. verliehen, und daß diese Verleihung nicht bis auf den 21. Juni 1849 als den Tag seiner Entlassung aus dem Straforte — zurückerstreckt wurde, betrat nun, nachdem er angeblich mit seinen dießfallsigen Gesuchen auf dem Administrativwege nicht durchzudringen vermochte, den Rechtsweg, indem er sub praes. 16. April 1851 bei dem k. Appellationsgerichte von Oberbayern gegen den k. Fiskus Klage erhob und in solcher gestützt auf §. 4 Abs. 3 des revidirten Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung vom 11. September 1825 die Bitte stellte, den k. Fiskus zur Verabfolgung einer monatlichen Alimentation von 25 fl. und zur Nachbezahlung der vom 24. Juni 1849 bis März 1851 zu wenig bezogenen Unterhaltsraten im Gesammtbetrage von 237 fl. 50 kr. für schuldig zu erkennen.

Auf die dem k. Kreisfiskalate von Oberbayern geschehene Mittheilung dieser Klage erklärte jedoch die k. Regierung dieses Kreises, Kammer des Innern, mit Schreiben vom 3. Juni

1851, daß sie die Verhandlung und Entscheidung dieser Sache für die Verwaltungsbehörden in Anspruch nehme, und verband hiemit für den Fall, daß das Appellationsgericht auf seiner Zuständigkeit beharren sollte, das Ansuchen, in Ansehung des hiernach gegebenen Competenz-Conflikes nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Mai 1850 das Weitere zu verfügen.

Diesem Antrage gemäß wurde sofort auch von dem genannten Gerichtshofe das entsprechende Verfahren eingeleitet, in dessen Verlaufe sodann von beiden hievon verständigten Theilen, nämlich sowohl von dem Kläger Ritter und resp. seinem Offizialanwalt Hofrathe und Advokaten Ney als auch von Seite des Regierungsfiskalates Denkschriften einkamen.

Nachdem die geschlossenen Akten durch Vermittlung des k. Staatsanwalts dem obersten Gerichtshofe zur Vorlage gekommen waren, wurde der zur öffentlichen Verhandlung hierüber vorerst auf den 15. Dezember v. Js. anberaumte — wegen Verhinderung des klägerischen Anwaltes aber vertagte — Termin auf den 2. April 1852 reasumirt, und den Betheiligten nach Ausweis der vorliegenden Insinuationsdokumente hievon rechtzeitig Nachricht gegeben.

Als die Sache in der öffentlichen Sitzung vom gestrigen aufgerufen war, erstatete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Herschmann unter Ablesung der wichtigeren Aktenstücke Vortrag, nach dessen Beendigung sodann vorerst der für den Kläger Ritter erscheinene Hofrath und Advokat Ney das Wort nahm, und die Zuständigkeit der Gerichte darzulegen suchte, während der ihm nachfolgende k. Staatsanwalt dieser Ansicht entgegentretend den Antrag stellte:

„zur Verhandlung und Entscheidung der vorliegenden Sache die Administrativstellen für competent zu erklären".

Bei der hienach stattgefundenen rechtlichen Prüfung der Sache hat sich nun dieser Antrag der k. Staatsbehörde aus nachfolgenden Erwägungen auch als begründet erwiesen:

1) Die Bestimmung des §. 4 Abs. 3 des revidirten Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung vom 11. September 1825, auf welche J. B. Ritter den wider den Fiskus auf Erhöhung des ihm bereits bewilligten Unterhaltsbeitrages erhobenen Anspruch gründet, ist ihrer Natur nach nichts anderes, als eine Ergänzung zu jener des §. 5 des hiemit im engsten Zusammenhange stehenden Heimathsgesetzes vom nämlichen Tage, indem sie von der hierin enthaltenen unbeschränkten Anordnung, daß die Heimath in der betreffenden Gemeinde den Anspruch auf Wohnsitz und auf die benöthigte Unterstützung gewähret, eine Ausnahme lediglich dahin statuirt, daß Staatsdiener, welche entweder durch freiwilligen Verzicht auf den Staatsdienst oder durch gesetzwidriges Betragen den Anspruch auf Pension verloren haben und verarmen, nebst ihren Angehörigen nicht der Gemeinde ihrer Heimath, sondern dem Staate zur Last fallen.

Jede Ausnahme von einer bestehenden Regel ist nun schon an sich nicht geeignet, eine Veränderung an den Grundlagen zu bewirken, auf welche die Regel gebaut ist, sie dient vielmehr nach einem bekannten Rechtsgrundsatze blos dazu, die letztere mit allen ihren Consequenzen zu befestigen.

Das Fundament, auf welchem die in §. 5 des Heimathsgesetzes statuirte Regel beruht, besteht aber lediglich in der Verarmung der Heimathsangehörigen, d. i. in ihrer Unvermögenheit, sich den nothdürftigen Lebensunterhalt selbst zu erwerben, und aus diesem Grunde ist auch hierin ausdrücklich auf die allerhöchste Verordnung vom 17. November 1816 über die Armenpflege hingewiesen, nach deren Maßgabe jene Verpflichtung der Heimathsgemeinden gewürdigt und vollzogen werden soll.

An diesem Fundamente konnte und wollte aber durch

die ergänzende Bestimmung des §. 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung nichts geändert werden, wie dieses die betreffenden Verhandlungen der beiden Ständekammern vom Jahre 1825 Bd. IV. S. 26—28 und 59, dann Bd. XII. S. 406—415 und 615, endlich Beil. Bd. VIII. S. 383, 384 und 589 überzeugend zu entnehmen geben, und nachdem die Beurtheilung der Frage ob und in wie weit Jemand zur eigenen Erwerbung seines Unterhaltes unfähig und somit einer fremden Unterstützung bedürftig sei, nach Inhalt der oben allegirten Verordnung vom 17. November 1816, insbesondere nach Abschn. II. Tit. 1 Art. 15 derselben, lediglich den Armenpflegen zugewiesen ist, die Armenpflegschaftsräthe und Ausschüsse aber nach ihrer organischen Stellung nur den Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden untergeordnet, nämlich der Aufsicht und Leitung der städtischen Polizeibehörden und Landgerichte, dann der an die Stelle der vormaligen General-Kreis-Commissariate getretenen Kreisregierungen, Kammer des Innern, und in letzter Instanz der Oberaufsicht des k. Staatsministeriums des Innern untergeben sind, da endlich diese Unterordnung durch die späteren allerhöchsten Verordnungen über die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen (Kreisregierungen) und der Ministerien von den Jahren 1817 und 1825 ihre neuerliche Bestätigung erlangt hat, so folgt hieraus allein schon, daß jene Frage niemals zur Kognition und Entscheidung der Gerichte ressortiren könne.

2) In dem gegenwärtigen Falle ist auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden darüber, ob und daß Ritter wegen Armuth auf einen Alimentationsbeitrag überhaupt Anspruch zu machen habe, gar nicht bestritten. Ritter hat sich vielmehr um einen solchen selbst dahin gewendet und ihn auch wirklich bewilligt erhalten. Streitig ist dermal nur die Frage, ob ihm dieser Ali-

mentationsbeitrag bis zu dem von ihm verlangten — von den Verwaltungsstellen aber verweigerten — Betrag von monatlichen 25 fl. zu erhöhen sei.

Diese nicht mehr den Anspruch an sich sondern blos das Maß desselben betreffende Frage aber, welche offenbar zu der voraus angeführten Hauptfrage eine blos untergeordnete Stellung einnimmt, kann eben deßhalb keine andere Natur und keine höhere Bedeutung ansprechen, als die Hauptfrage, von der sie erst Leben und Bedeutung empfängt, sie kann und muß vielmehr nur nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt und entschieden werden, die für die letztere gelten, und nachdem in Ansehung dieser jede Art von Kognition unbestritten nur zum Wirkungskreise der Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden gehört, so bringt es schon die ganz untrennbare Connexität der Sache mit sich, daß auch sie der nämlichen Beurtheilungssphäre anheimfällt.

(Vergl. Cod. jud. cap. 1. §. 10).

3) Die richterliche Zuständigkeit in der vorliegenden Sache kann ferner auch nicht dadurch begründet werden, daß im §. 4 Abs. 3 des Ansässigmachungs-Gesetzes nicht, wie im §. 5 des Heimathsgesetzes geschehen, auf die allerhöchste Verordnung vom 17. November 1816 über die Armenpflege als maßgebend für ihren Vollzug hingewiesen ist, denn hiedurch konnte ebensowenig ein privatrechtlicher Grund für einen Alimentationsanspruch der in Mitte liegenden Art geschaffen werden, als durch den weiteren Umstand, daß bei den in erster Gesetzstelle erwähnten Kathegorien von Personen die Last ihres Unterhaltes ausnahmsweise dem Staate zugewiesen wurde, denn einerseits wurde auch in Ansehung dieser Personen vermöge des schon erwähnten Zusammenhanges der beiden Gesetze die nothwendige Rücksichtnahme auf die Bestimmungen der Verordnung über Armenpflege, soweit sie hierher (wie z. B. namentlich in Ansehung des

die ergänzende Bestimmung des §. 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung nichts geändert werden, wie dieses die betreffenden Verhandlungen der beiden Ständekammern vom Jahre 1825 Bd. IV. S. 26—28 und 59, dann Bd. XII. S. 406—415 und 615, endlich Beil. Bd. VIII. S. 383, 384 und 589 überzeugend zu entnehmen geben, und nachdem die Beurtheilung der Frage ob und in wie weit Jemand zur eigenen Erwerbung seines Unterhaltes unfähig und somit einer fremden Unterstützung bedürftig sei, nach Inhalt der oben allegirten Verordnung vom 17. November 1816, insbesondere nach Abschn. II. Tit. 1 Art. 15 derselben, lediglich den Armenpflegen zugewiesen ist, die Armenpflegschaftsräthe und Ausschüsse aber nach ihrer organischen Stellung nur den Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden untergeordnet, nämlich der Aufsicht und Leitung der städtischen Polizeibehörden und Landgerichte, dann der an die Stelle der vormaligen General-Kreis-Commissariate getretenen Kreisregierungen, Kammer des Innern, und in letzter Instanz der Oberaufsicht des k. Staatsministeriums des Innern untergeben sind, da endlich diese Unterordnung durch die späteren allerhöchsten Verordnungen über die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen (Kreisregierungen) und der Ministerien von den Jahren 1817 und 1825 ihre neuerliche Bestätigung erlangt hat, so folgt hieraus allein schon, daß jene Frage niemals zur Kognition und Entscheidung der Gerichte ressortiren könne.

2) In dem gegenwärtigen Falle ist auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden darüber, ob und daß Ritter wegen Armuth auf einen Alimentationsbeitrag überhaupt Anspruch zu machen habe, gar nicht bestritten. Ritter hat sich vielmehr um einen solchen selbst dahin gewendet und ihn auch wirklich bewilligt erhalten. Streitig ist dermal nur die Frage, ob ihm dieser Ali-

mentationsbeitrag bis zu dem von ihm verlangten — von den Verwaltungsstellen aber verweigerten — Betrag von monatlichen 25 fl. zu erhöhen sei.

Diese nicht mehr den Anspruch an sich sondern blos das Maß desselben betreffende Frage aber, welche offenbar zu der voraus angeführten Hauptfrage eine blos untergeordnete Stellung einnimmt, kann eben deßhalb keine andere Natur und keine höhere Bedeutung ansprechen, als die Hauptfrage, von der sie erst Leben und Bedeutung empfängt, sie kann und muß vielmehr nur nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt und entschieden werden, die für die letztere gelten, und nachdem in Ansehung dieser jede Art von Kognition unbestritten nur zum Wirkungskreise der Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden gehört, so bringt es schon die ganz untrennbare Connexität der Sache mit sich, daß auch sie der nämlichen Beurtheilungssphäre anheimfällt.

(Vergl. Cod. jud. cap. 1. §. 10).

3) Die richterliche Zuständigkeit in der vorliegenden Sache kann ferner auch nicht dadurch begründet werden, daß im §. 4 Abs. 3 des Ansässigmachungs-Gesetzes nicht, wie im §. 5 des Heimathsgesetzes geschehen, auf die allerhöchste Verordnung vom 17. November 1816 über die Armenpflege als maßgebend für ihren Vollzug hingewiesen ist, denn hiedurch konnte ebensowenig ein privatrechtlicher Grund für einen Alimentationsanspruch der in Mitte liegenden Art geschaffen werden, als durch den weiteren Umstand, daß bei den in erster Gesetzstelle erwähnten Kathegorien von Personen die Last ihres Unterhaltes ausnahmsweise dem Staate zugewiesen wurde, denn einerseits wurde auch in Ansehung dieser Personen vermöge des schon erwähnten Zusammenhanges der beiden Gesetze die nothwendige Rücksichtnahme auf die Bestimmungen der Verordnung über Armenpflege, soweit sie hierher (wie z. B. namentlich in Ansehung des

die ergänzende Bestimmung des §. 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung nichts geändert werden, wie dieses die betreffenden Verhandlungen der beiden Ständekammern vom Jahre 1825 Bd. IV. S. 26—28 und 59, dann Bd. XII. S. 406—415 und 615, endlich Beil. Bd. VIII. S. 383, 384 und 589 überzeugend zu entnehmen geben, und nachdem die Beurtheilung der Frage ob und in wie weit Jemand zur eigenen Erwerbung seines Unterhaltes unfähig und somit einer fremden Unterstützung bedürftig sei, nach Inhalt der oben allegirten Verordnung vom 17. November 1816, insbesondere nach Abschn. II. Tit. 1 Art. 15 derselben, lediglich den Armenpflegen zugewiesen ist, die Armenpflegschaftsräthe und Ausschüsse aber nach ihrer organischen Stellung nur den Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden untergeordnet, nämlich der Aufsicht und Leitung der städtischen Polizeibehörden und Landgerichte, dann der an die Stelle der vormaligen General-Kreis-Commissariate getretenen Kreisregierungen, Kammer des Innern, und in letzter Instanz der Oberaufsicht des k. Staatsministeriums des Innern untergeben sind, da endlich diese Unterordnung durch die späteren allerhöchsten Verordnungen über die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen (Kreisregierungen) und der Ministerien von den Jahren 1817 und 1825 ihre neuerliche Bestätigung erlangt hat, so folgt hieraus allein schon, daß jene Frage niemals zur Kognition und Entscheidung der Gerichte ressortiren könne.

2) In dem gegenwärtigen Falle ist auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden darüber, ob und daß Ritter wegen Armuth auf einen Alimentationsbeitrag überhaupt Anspruch zu machen habe, gar nicht bestritten. Ritter hat sich vielmehr um einen solchen selbst dahin gewendet und ihn auch wirklich bewilligt erhalten. Streitig ist dermal nur die Frage, ob ihm dieser Ali-

mentationsbeitrag bis zu dem von ihm verlangten — von den Verwaltungsstellen aber verweigerten — Betrag von monatlichen 25 fl. zu erhöhen sei.

Diese nicht mehr den Anspruch an sich sondern blos das Maß desselben betreffende Frage aber, welche offenbar zu der voraus angeführten Hauptfrage eine blos untergeordnete Stellung einnimmt, kann eben deßhalb keine andere Natur und keine höhere Bedeutung ansprechen, als die Hauptfrage, von der sie erst Leben und Bedeutung empfängt, sie kann und muß vielmehr nur nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt und entschieden werden, die für die letztere gelten, und nachdem in Ansehung dieser jede Art von Kognition unbestritten nur zum Wirkungskreise der Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden gehört, so bringt es schon die ganz untrennbare Connexität der Sache mit sich, daß auch sie der nämlichen Beurtheilungssphäre anheimfällt.

(Vergl. Cod. jud. cap. 1. §. 10).

3) Die richterliche Zuständigkeit in der vorliegenden Sache kann ferner auch nicht dadurch begründet werden, daß im §. 4 Abs. 3 des Ansässigmachungs-Gesetzes nicht, wie im §. 5 des Heimathsgesetzes geschehen, auf die allerhöchste Verordnung vom 17. November 1816 über die Armenpflege als maßgebend für ihren Vollzug hingewiesen ist, denn hiedurch konnte ebensowenig ein privatrechtlicher Grund für einen Alimentationsanspruch der in Mitte liegenden Art geschaffen werden, als durch den weiteren Umstand, daß bei den in erster Gesetzstelle erwähnten Kathegorien von Personen die Last ihres Unterhaltes ausnahmsweise dem Staate zugewiesen wurde, denn einerseits wurde auch in Ansehung dieser Personen vermöge des schon erwähnten Zusammenhanges der beiden Gesetze die nothwendige Rücksichtnahme auf die Bestimmungen der Verordnung über Armenpflege, soweit sie hierher (wie z. B. namentlich in Ansehung des

die ergänzende Bestimmung des §. 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ansässigmachung und Verehelichung nichts geändert werden, wie dieses die betreffenden Verhandlungen der beiden Ständekammern vom Jahre 1825 Bd. IV. S. 26—28 und 59, dann Bd. XII. S. 406—415 und 615, endlich Beil. Bd. VIII. S. 383, 384 und 589 überzeugend zu entnehmen geben, und nachdem die Beurtheilung der Frage ob und in wie weit Jemand zur eigenen Erwerbung seines Unterhaltes unfähig und somit einer fremden Unterstützung bedürftig sei, nach Inhalt der oben allegirten Verordnung vom 17. November 1816, insbesondere nach Abschn. II. Tit. 1 Art. 15 derselben, lediglich den Armenpflegen zugewiesen ist, die Armenpflegschaftsräthe und Ausschüsse aber nach ihrer organischen Stellung nur den Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden untergeordnet, nämlich der Aufsicht und Leitung der städtischen Polizeibehörden und Landgerichte, dann der an die Stelle der vormaligen General-Kreis-Commissariate getretenen Kreisregierungen, Kammer des Innern, und in letzter Instanz der Oberaufsicht des k. Staatsministeriums des Innern untergeben sind, da endlich diese Unterordnung durch die späteren allerhöchsten Verordnungen über die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen (Kreisregierungen) und der Ministerien von den Jahren 1817 und 1825 ihre neuerliche Bestätigung erlangt hat, so folgt hieraus allein schon, daß jene Frage niemals zur Kognition und Entscheidung der Gerichte ressortiren könne.

2) In dem gegenwärtigen Falle ist auch die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden darüber, ob und daß Ritter wegen Armuth auf einen Alimentationsbeitrag überhaupt Anspruch zu machen habe, gar nicht bestritten. Ritter hat sich vielmehr um einen solchen selbst dahin gewendet und ihn auch wirklich bewilligt erhalten. Streitig ist dermal nur die Frage, ob ihm dieser Ali-

mentationsbeitrag bis zu dem von ihm verlangten — von den Verwaltungsstellen aber verweigerten — Betrag von monatlichen 25 fl. zu erhöhen sei.

Diese nicht mehr den Anspruch an sich sondern blos das Maß desselben betreffende Frage aber, welche offenbar zu der voraus angeführten Hauptfrage eine blos untergeordnete Stellung einnimmt, kann eben deßhalb keine andere Natur und keine höhere Bedeutung ansprechen, als die Hauptfrage, von der sie erst Leben und Bedeutung empfängt, sie kann und muß vielmehr nur nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt und entschieden werden, die für die letztere gelten, und nachdem in Ansehung dieser jede Art von Kognition unbestritten nur zum Wirkungskreise der Verwaltungs- und resp. Polizeibehörden gehört, so bringt es schon die ganz untrennbare Connexität der Sache mit sich, daß auch sie der nämlichen Beurtheilungssphäre anheimfällt.

(Vergl. Cod. jud. cap. 1. §. 10).

3) Die richterliche Zuständigkeit in der vorliegenden Sache kann ferner auch nicht dadurch begründet werden, daß im §. 4 Abs. 3 des Ansässigmachungs-Gesetzes nicht, wie im §. 5 des Heimathsgesetzes geschehen, auf die allerhöchste Verordnung vom 17. November 1816 über die Armenpflege als maßgebend für ihren Vollzug hingewiesen ist, denn hiedurch konnte ebensowenig ein privatrechtlicher Grund für einen Alimentationsanspruch der in Mitte liegenden Art geschaffen werden, als durch den weiteren Umstand, daß bei den in erster Gesetzstelle erwähnten Kathegorien von Personen die Last ihres Unterhaltes ausnahmsweise dem Staate zugewiesen wurde, denn einerseits wurde auch in Ansehung dieser Personen vermöge des schon erwähnten Zusammenhanges der beiden Gesetze die nothwendige Rücksichtnahme auf die Bestimmungen der Verordnung über Armenpflege, soweit sie hierher (wie z. B. namentlich in Ansehung des

Abschn. II. Tit. 1 derselben) allerdings anwendbar erscheinen, keineswegs ausgeschlossen, wie dieses schon oben näher erörtert wurde, andererseits aber ist auch darin, daß der Staat aus bewegenden Gründen der Billigkeit den Heimathsgemeinden einen Theil der ihnen allein zukommenden Last abgenommen hat, die Aufstellung einer den Fiskus privatrechtlich bindenden Verpflichtung nicht im mindesten zu erkennen. Für eine solche Verpflichtung wurde durchaus kein neuer Rechtsgrund geschaffen, die auf dem alleinigen Titel der Armuth beruhende Last wurde vielmehr in ihrer Wesenheit hiedurch gar nicht berührt, vielweniger alterirt, und nur das Subjekt der Belastung allein hat eine auf die Beschaffenheit der Last und ihres Grundes, und somit auf das objektive Hauptmoment ganz einflußlose Veränderung erlitten.

4) Wollte man aus dieser Zuweisung einer dem Staate vorher nicht obgelegenen Last an denselben die Folgerung ableiten, daß er hiedurch dem Alimentationsbedürftigen privatrechtlich haftbar geworden sei, und somit dem Letzteren eine Klage gegen den Fiskus vor den Gerichten gestatten, so wäre nicht abzusehen, warum die gleiche Berechtigung denjenigen gegenüber ihren Heimathsgemeinden versagt sein sollte, die bezüglich ihres nothdürftigen Lebensunterhaltes an deren regelmäßige Unterstützung verwiesen sind, da es von selbst einleuchtet, daß nicht in der zufälligen Person des Belasteten, sondern nur in dem Verhältnisse der Belastung selbst ein privatrechtlicher Titel seine Entstehung finden kann, und der Staat als juristische Person mit den physischen Personen seiner Angehörigen gleiche Rechte und Verbindlichkeiten theilet.

5) Am allerwenigsten kann endlich in dem gegenwärtigen Falle ein privatrechtlicher Titel aus dem früheren staatsdienerlichen Verhältnisse des Ritter abgeleitet werden,

denn jenes Dienst- und resp. Vertragsverhältniß zwischen ihm und dem Staate, aus dem nur allein die in der IX. Verfassungsbeilage garantirten Rechte entspringen, ist durch seine auf den Grund eines Amtsverbrechens verwirkte Entsetzung von seiner Stelle längst erloschen, es kann daher weder jemals wieder aufleben, noch in irgend einer Beziehung als fortwirkend betrachtet werden, und wenn gleichwohl bei Personen seiner Kathegorie an der Stelle der verpflichteten Heimathsgemeinde der Staat die Last des Unterhaltes übernommen hat, so war hiezu nach dem Zeugnisse der einschlägigen Ständeverhandlungen das frühere Dienstverhältniß derselben nur in so ferne ein — jedoch nicht aus Gründen des Rechtes sondern aus rein menschlichen Rücksichten der Billigkeit mitwirkender — Bestimmungsgrund, als es für die betreffenden Gemeinden nicht nur höchst lästig, sondern in den aller meisten Fällen geradezu unmöglich wäre, den Entschlüssen und Handlungen der bei ihnen heimathsberechtigten Staatsdiener, durch welche sie den Anspruch auf Pension verlieren, auf irgend eine Weise kontrollirend oder vorbeugend entgegenzuwirken.

Aus diesen Gründen war daher in Hinblick auf die Bestimmungen des §. 9 des Ansässigmachungs- und des §. 8 des Heimathsgesetzes, dessen Ausnahmsfall nach vorstehender Ausführung hier nicht gegeben ist, die Zuständigkeit in der vorliegenden Klagsache nicht den Gerichten, sondern den Verwaltungsstellen zu vindiziren.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 3. April 1852, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Oberappellations-Gerichtspräsident, Ministerialrath von Friederich, Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Herschmann, Ministerialrath Pfeufer, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cu-

cumus, dann II. Staatsanwalt Leeb, und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXVIII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 2. Juli 1852 in Betreff des von der k. Regierung von Oberfranken gegen das k. Kreis- und Stadt-Gericht Bamberg angeregten Competenz-Conflikts in der Injurienklagssache des Gemeinde-Vorstehers Hetz zu Küps gegen den k. Landgerichts-Assessor Schreiner zu Kronach.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 37, S. 803—811.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff des von der k. Regierung von Oberfranken gegen das k. Kreis- und Stadtgericht Bamberg angeregten Competenz-Conflikts in der Injurienklagssache des Gemeindevorstehers Hetz zu Küps gegen den k. Landgerichtsassessor Schreiner zu Kronach:

„daß in vorliegender Sache die Justizbehörden zuständig seien."

**Gründe:**

Der Müller Heinrich Wilhelm Bauer zu Küps hatte an einer zur dortigen Gemeindekasse schuldigen Summe von 343 fl. 23½ kr. nach Abrechnung einiger Gegenforderungen zu 261 fl. 26¼ kr. den Rest mit 80 fl. 56⅝ kr. bezahlt, und daher von der Gemeinde verlangt, daß nun die auf seinem

Anwesen für diese Forderung bestellte Hypothek gelöscht werde, was jedoch von der Gemeinde, weil sie den Heinrich Wilhelm Bauer auch zur Entrichtung von Verzugszinsen und Kosten für verpflichtet hielt, verweigert wurde.

Letzterer suchte daher die Löschung der Hypothek durch gerichtliche Klage zu bewirken, welche jedoch am 7. Oktober 1850 durch einen Vergleich, zu welchem sofort auch der landgerichtliche Curatelconsens erfolgt war, beseitiget wurde.

Bei Gelegenheit dieser von dem k. Landgerichtsassessor Schreiner zu Kronach geleiteten Vergleichsverhandlung vom 7. Oktober 1850 soll sich nun derselbe gegen den als Vertreter der Gemeinde erschienenen Gemeindevorsteher Hetz von Küps injuriöser Aeußerungen bedient haben.

Letzterer erhob daher gegen Assessor Schreiner bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Bamberg eine Injurienklage auf Ehrenerklärung, welche daselbst zur Verhandlung gezogen, und worauf die von dem Beklagten vorgebrachte Einrede der Incompetenz der Civilgerichte als unbegründet verworfen, und sofort auf Beweis erkannt wurde.

Der Beklagte hatte sich bei diesem beiden Theilen am 22. Mai 1851 eröffneten Erkenntnisse beruhiget, während vom Kläger bezüglich der Beweis-Normirung die Berufung ergriffen wurde.

Im Laufe der Berufungsfrist und zwar bereits sub praes. 26. Mai 1851 hatte die k. Regierung von Oberfranken, welche von dieser Klagssache Kenntniß erhielt, bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Bamberg einen Competenz-Conflikt angeregt, dem k. Appellationsgerichte von Oberfranken davon Nachricht ertheilt, und dasselbe eingeladen, in dieser lediglich zur disciplinären Einschreitung gegen Assessor Schreiner geeigneten Sache als gemeinschaftliche Oberaufsichtsbehörde der erwähnten Competenz-Conflikts-erhebung sich anzuschließen, was aber von dem k. Appellationsgerichte abgelehnt wurde.

In Folge der demnach für sich bestehenden Competenz-Conflikts-anregung der k. Regierung von Oberfranken wurde

nun nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Mai 1820, die Competenz-Conflikte betreffend, das geeignete Verfahren durchgeführt und sodann zur Verhandlung dieser Sache öffentliche Sitzung auf den 2. Juli 1852 anberaumt, in welcher der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart Vortrag erstattete, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden.

Nur von Seite des Klägers Hetz ist als Vertreter dessen Anwalt Advokat Dr. Schüttinger von Bamberg erschienen, welcher nach Darlegung der in seiner Denkschrift ausgeführten Ansicht die Bitte stellte, die Justizstellen für zuständig erklären zu wollen, worauf der k. Generalstaatsanwalt das Wort ergriff, und nach umständlicher Erörterung der Sache den Antrag stellte: Die Unzuständigkeit des Competenz-Senates wegen nicht gegebenen Competenz-Conflikts auszusprechen, eventuell zu erkennen: daß die Justizbehörden zur Verhandlung und Entscheidung der vorwürfigen Injurien-Klagssache zuständig seien.

Letzterem Antrage mußte entsprochen werden; denn

1) Die k. Regierung nimmt die Zuständigkeit in dieser Sache in Anspruch, indem sie von der Ansicht ausgeht, es könne eine Injurienklage gegen einen Beamten wegen einer im Dienste verübten Ehrenkränkung nur dann erhoben werden, wenn vorerst im Disciplinarwege untersucht und entschieden sei, daß der Beamte bei dem betreffenden Vorfalle einen Exceß in seinen amtlichen Befugnissen sich habe zu Schulden kommen lassen. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber von keiner Ehrenkränkung, welche in einem näheren inneren Zusammenhange mit einer Amtshandlung stände, sondern lediglich von einer solchen, die bei Gelegenheit einer dienstlichen Handlung vorgekommen sein soll. In einem solchen Falle aber, wo der Beamte aus seiner dienstlichen Haltung heraus, und einem Dritten als Private, als Partei entgegentretend, diesem durch seine Handlung

verpflichtet wird, ist immer eine Civilprozeßsache gegeben, und somit die Zuständigkeit der Justizstellen begründet, wobei es übrigens der Administrativbehörde durchaus unbenommen bleibt, gleichzeitig oder wann immer sie es für nöthig erachtet, gegen den Beamten im Disciplinarwege einzuschreiten.

2) Es liegt auch nirgend eine gesetzliche Bestimmung vor, durch welche die Zuläßigkeit einer Klage, welche ein Private gegen einen Beamten wegen einer von demselben im Dienste erlittenen Ehrenkränkung erheben zu können glaubt, von dem Nachweise des Resultates einer vorgängigen disciplinären Einschreitung gegen den betreffenden Beamten abhängig gemacht wäre. In der Denkschrift der k. Regierung ist zwar der §. 9 der Prozeßnovelle vom 22. Juni 1819 Bezug genommen. Allein jene gesetzliche Bestimmung kann hieher keine Anwendung finden, da sie nur in jenen Fällen von Bedeutung ist, wenn ein Private an den Staat Ansprüche geltend machen will und nur zum Zwecke hat, den Nachweis zu verlangen, daß der Private wegen nicht erfolgter Anerkennung seiner Ansprüche zur Betretung des Rechtsweges gedrungen sei, somit der Rechtsstreit nicht ohne Grund erhoben werde, woraus von selbst folgt, daß der angezogene §. auf die vorliegende Streitsache, in welcher das Parteiverhältniß den Staat selbst nicht berührt, keine Anwendung leidet.

3) Ebensowenig kommt der Ansicht der k. Regierung die Bezugnahme auf Seuffert's Commentar Bd. I. S. 148 und 149 und die dort erwähnte k. Staatsrathsentschließung vom 24. März 1818 und k. Justizministerial-Entschließung vom 31. März 1825 zu statten, sondern steht ihr vielmehr entgegen, indem daselbst in der Note 148 am Ende besonders hervorgehoben ist: daß der Ausspruch darüber, unter welchen Voraussetzungen in einer als solchen anerkannten Civilprozeßsache die Klage an-

zunehmen und zur Verhandlung auszusetzen, oder angebrachtermassen abzuweisen sei, nur dem zuständigen Gerichte zusteht, ohne daß darüber bei Entscheidung des Competenz-Conflikts präjudicirt werden könne. Diese habe sich vielmehr auf die Frage zu beschränken, ob eine Civilprozeßsache vorhanden sei oder nicht.

Daß aber eine Injurienklage, wie sie hier vorliegt, eine Civilprozeßsache ist, steht unzweifelhaft fest, und ist in diesem Sinne auch selbst von der k. Regierung nicht bestritten, daher die Zuständigkeit zu deren Verhandlung und Entscheidung nur den Justizbehörden zukommen kann.

4) Die k. Regierung hat zwar zur Unterstützung ihrer Ansicht vorzugsweise auf eine weitere k. Staatsraths-Entscheidung vom 28. März 1845 in Sachen Lodes gegen Kaplan Buhr wegen Injurien hingewiesen, in welcher ausgesprochen wurde: daß diese Klagssache vorerst nicht zur Austragung im Privatrechtswege geeignet, sondern vielmehr noch zuvor an die dem Kaplan Buhr als funktionirendem Lokalschulinspektor vorgesetzte Dienstesstelle zu verweisen sei.

Allein dieser Entscheidung kann das Gewicht eines wirksamen Präjudices in vorliegender Sache um so minder beigelegt werden, als aus derselben die thatsächlichen Verhältnisse und die näheren Motive, auf welche sie gestützt wurden, nicht zu entnehmen sind.

Aus diesen Erwägungen mußte, wie geschehen, die Zuständigkeit der Justizstellen in vorliegender Sache ausgesprochen werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 3. Juli 1852, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Oberappellationsgerichts-Präsident, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhardt, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus,

der Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg.

Paulus, Sekretär.

---

## XXIX.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 3. Juli 1852 in Betreff der Competenzdifferenzen zwischen dem k. Landgerichte Lauingen und dem dortigen Stadtmagistrate in Sachen des Letzteren gegen Karl Kistler und Consorten zu Lauingen, wegen rückständiger Polizeitaxen u. Strafgelder.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 37, S. 811—817.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff der Competenzdifferenzen zwischen dem k. Landgerichte Lauingen und dem dortigen Stadtmagistrate in Sachen des Letzteren gegen Karl Kistler und Consorten zu Lauingen wegen rückständiger Polizeitaxen und Strafgelder:

> „daß ein Competenz-Conflikt in dieser Sache nicht gegeben sei, und daher der Stadtmagistrat Lauingen mit seinem Antrage vom 28. Juli praes. 4. August 1851 hierorts abzuweisen sei.“

**Gründe:**

Der Stadtmagistrat Lauingen stellte am 28. Februar 1851 an das dortige k. Landgericht das Ansuchen: den in einem angefügten Verzeichnisse aufgeführten Restanten an Polizeitaxen und Strafgeldern unter Androhung der Mobiliar-Auspfändung den Auftrag zu ertheilen, ihre Schuldigkeiten

innerhalb eines gesetzlichen Termines an den Magistrat zu berichtigen. Dieser Antrag wurde von dem k. Landgerichte Lauingen durch Beschluß vom 8. März 1851 mit der Eröffnung zurückgewiesen: daß die exekutive Beitreibung der bei dem Magistrate erwachsenen Sporteln und der von ihm erkannten Strafen dem k. Landgerichte als Distriktspolizei-Behörde nicht zustehe, vielmehr der Magistrat hiezu selbst competent sei.

Hierauf wendete sich der Stadtmagistrat Lauingen unterm 17. März 1851 beschwerend an die k. Regierung von Schwaben und Neuburg, welche nach eingeholtem landgerichtlichen Aufklärungsbericht unterm 31. März 1851, die Entschließung ertheilte: daß der Stadtmagistrat Lauingen nach §. 126 der Vollzugsvorschriften zum revidirten Gemeindeedicte zur exekutorischen Beitreibung seiner Strafgelder und Polizeitaxgefälle im Wege der Mobiliarauspfändung und Versteigerung der Pfandobjekte nicht zuständig sei, daher das k. Landgericht fernerhin keinen Anstand mehr nehmen werde, in seiner Eigenschaft als Gerichtsbehörde dem Executionsanrufen des Stadtmagistrats Lauingen vom 28. Februar 1851 zu entsprechen.

Das k. Landgericht Lauingen gab jedoch dieser Entschließung keine Folge, sondern erließ unterm 1. Juli 1851 als Justizbehörde einen Gerichtsbeschluß dahin: es sei der Antrag des Magistrats Lauingen vom 28. Februar 1851 wegen Mangels der Competenz zurückzuweisen.

Inzwischen hatte sich der Magistrat Lauingen unterm 13. Mai 1851 mit einer neuerlichen Beschwerde an die k. Regierung gewendet, worauf diese nach wiederholt vom k. Landgerichte eingeholtem Berichte dem Magistrate Lauingen durch Entschließung vom 18. Juli 1851 eröffnete, daß, da nach dem landgerichtlichen Beschlusse vom 1. Juli 1851 im Betreffe der Beitreibung von rückständigen Taxen dasselbe als Justizbehörde dieser Beitreibung sich entschlagen habe, nunmehr von dem Stadtmagistrate in eigener Competenz

die executive Beitreibung seiner Taxen und Sporteln zu bewirken, und die Assistenz des k. Landgerichts in dem Falle zu requiriren sei, wenn Widersetzungen zu besorgen seyn sollten.

Der Stadtmagistrat Lauingen, statt nun im Sinne dieser k. Regierungsentschließung selbst gegen seine Restanten einzuschreiten nahm an, daß hier ein Competenz-Conflikt vorliege, und wendete sich daher unterm 28. Juli 1851 unter Bezug auf §. 10 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, mit einer Vorstellung an den obersten Gerichtshof, deren Bitte jedoch dahin geht: das k. Landgericht Lauingen zu beauftragen, daß dasselbe, wie bisher, die rückständigen Strafgelder, Taxen und Kosten, welche im Wege der Güte nicht beigetrieben werden könnten, im Executionswege beizutreiben habe.

Nachdem nun die erforderliche Instruction erfolgt und diese Sache in gestriger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden.

Da von keiner Seite ein Vertreter erschienen ist, nahm der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort und stellte nach kurzer Erörterung den Antrag, auszusprechen:

> „daß in vorliegender Sache ein Competenz-Conflikt nicht gegeben sei, und daher der Stadtmagistrat mit seinem Antrage vom 28. Juli 1851 hierorts abzuweisen sei."

Diesem Antrag mußte auch entsprochen werden.

Nach Art. 10 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, kann die Anregung eines Competenz-Conflikts nur von den Parteien ausgehen. In vorliegender Sache ist aber bei dem Magistrate der Stadt Lauingen den Restanten K. Kistler und Consorten gegenüber kein Parteiverhältniß vorhanden, sondern derselbe erscheint hier als Verwaltungsbehörde zur eigenen Thätigkeit berufen; die Bedenken, die der Stadtmagistrat über seine eigene Zu-

ständigkeit in dieser Restantensache hegt, sind bereits durch die jüngste Entschließung der k. Regierung vom 18. Juli 1851 beseitiget, indem er durch dieselbe angewiesen wurde, in eigener Competenz gegen seine Restanten einzuschreiten, und nöthigen Falls die Assistenz des Gerichts zu requiriren.

Unter diesen Verhältnissen kann, wenn auch das k. Land-Gericht Lauingen in jeder Beziehung seine Competenz in dieser Sache abgelehnt hat, von einer die Zuständigkeit gleichfalls ablehnenden Administrativbehörde und somit von einem negativen Competenz-Conflikte im Sinne des Art. 10. l. c. nicht die Rede seyn, vielmehr steht dem Stadtmagistrate Lauingen, wenn er bei der erwähnten k. Regierungsentschließung oder bei der von dem k. Landgerichte Lauingen als Justiz-Behörde ergangenen Verfügung sich nicht beruhigen will, lediglich der Weg weiterer Beschwerde bei dem k. Staats-Ministerium des Innern und beziehungsweise bei dem k. Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg offen.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 3. Juli 1852, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Oberappellations-Gerichts-Präsident, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, der II. Staatsanwalt Dr. Lotz und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

**Freiherr v. Gumppenberg.**

**Paulus, Sekretär.**

## XXX.

## Erkenntniß

**des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 3. Juli 1852 bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Niederbayern und der k. Regierung von Niederbayern, Kammer der Finanzen in Sachen des k. q. Rentbeamten Karl v. Köppelle gegen den k. Fiscus wegen Rechnungsguthabens entstandenen Competenz-Conflikts.**

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 38, S. 825—840.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Niederbayern und der k. Regierung von Niederbayern, Kammer der Finanzen, in Sachen des k. q. Rentbeamten Karl von Köppelle gegen den k. Fiscus wegen Rechnungsguthabens entstandenen Competenz-Conflikts:

„daß das k. Appellationsgericht von Niederbayern zur Verhandlung und Entscheiduug der Klage des k. q. Rentbeamten Karl von Köppelle vom 1. praes. 19. Juni 1851 nicht competent sei."

**Gründe:**

In Folge der im Jahre 1815 bei Gelegenheit der Rechnungsaufnahme pro 18$^{13}/_{14}$ über die Amtsausführung des k. Rentbeamten Karl v. Köppelle zu Mitterfels von der k. Regierung des Unterdonaukreises, Kammer des Innern, angeordneten administrativen Amtsuntersuchung berechneten sich nach Regierungsbeschluß vom 7. März 1829 die Haftungen desselben auf 65,936 fl. 34 kr. 3 pf., die Guthabens- und Abrechnungsbeträge aber (mit Einrechnung des $^1/_3$ Pensionsabzugs vom 14. März 1817 an, dann der mit Beschlag belegten Renten seines Gutes Eisenhart und der Zinsen vom Amtsbürgschaftskapitale) auf 35,457 fl. 23 kr. 1 pf., sonach der Cassadefekt auf 30,479 fl. 31 kr. 2 pf.

Dieser Beschluß wurde dem von Köppelle zur Erklärung mitgetheilt, und die nun gepflogene Erörterung schloß mit dem Definitiverkenntnisse der k. Regierung, Kammer der Finanzen, vom 13. Mai 1830, laut welchem der Defekt auf 35,575 fl. 9 kr. festgestellt wurde, weil zwar noch eine weitere Gutmachung von 2162 fl. 28 kr. 3 pf. angenommen, dagegen aber 7259 fl. 36 kr. 1 pf., im Beschluß v. 7. März 1829 unter Vorbehalt in Abrechnung gebracht, wieder zum Defekt geschlagen wurden.

Die gegen dieses Erkenntniß zum obersten Rechnungshofe ergriffene Berufung wurde als desert abgewiesen. Nachdem hierauf fortgesetzte Reklamationen und Restitutionsgesuche, und zuletzt durch Erkenntniß der k. Regierung, Kammer der Finanzen, vom 18. Juni 1847 eine abermalige Nullitäts-Beschwerde vom 12. März 1847 als ungegründet, mehrere auf den Grund angeblicher Nova gestellte Restitutionsgesuche vom 27. November 1846, dann 12. März und 3. Mai 1847 angebrachtermassen, die Berufung dagegen aber als desert, und das Gesuch um rest. contra lapsum fat. durch Erkenntniß des obersten Rechnungshofs vom 26. November 1847 als unbegründet zurückgewiesen waren, trat v. Köppelle am 14. pr. 21. Oktober 1848 bei dem k. Appellations-Gerichte von Niederbayern klagend gegen den Finanzfiscus auf. Kläger brachte vor, er habe an dem Defekte von 35,575 fl. 9 kr. mittelst des ⅓ seiner Pension und der eingezogenen Renten vom Gute Eisenhart seit 18 Jahren 10,303 fl. 49 kr. 3 pf. bezahlt. Auf Grund seiner der Klage angelegten Berechnung aber nehme er 33,042 fl. 33 kr. 2 pf. als Gutmachung in Anspruch. Er habe sohin bereits 7769 fl. 44 kr. zu viel bezahlt, und stelle den Antrag, den k. Fiscus zur Vergütung dieses Betrages für schuldig zu erkennen, den Pensionsabzug aber und die Beschlagnahme der Gutsrenten aufzuheben.

Durch Erkenntniß vom 6. Dezember 1848 wurde diese Klage jedoch in der angebrachten Art abgewiesen, weil das

Rechnungswesen von den Administrativbehörden noch nicht definitiv erlediget sei, die Klage aber auch auf ein bloßes Rechnungsschema nicht gegründet werden könne, sondern die angesprochenen Ersatzposten in Gemäßheit cod. jud. IV. 7. begründet werden müßten.

Am 19. Juni 1851 reichte hierauf von Köppelle bei dem k. Appellationsgerichte von Niederbayern unter Anlegung beglaubigter Abschrift eines Finanzministerialrescripts vom 10. Februar 1848 und einer Regierungsentschließung vom 24. August 1849 zum Nachweise der Erledigung des Rechnungswesens und der Abweisung seiner Guthabensforderung von den Administrativbehörden, eine neue Klage ein, worin behauptet wird, die Höhe von 35,575 fl. 9 kr. habe seine Haftung bloß durch unrichtige Calculation, durch Nichtansatz rechnungsmäßigen Guthabens und durch Ansatz von Posten erreicht, welche ihm nicht zur Last zu legen seien.

Kläger entziffert in den §§. 1—11 mit den die Specification und Erörterung der Posten enthaltenden und als Bestandtheile der Klage erklärten Beilagen einen Betrag von 51,276 fl. 15 kr. 1 pf., welche von ihm theils gut gemacht, theils ungebührlich ihm zur Last geschrieben worden seien.

Es bestehe sohin nicht nur kein Defekt, sondern vielmehr auf seiner Seite ein Guthaben von 15,701 fl. 6 kr. 1 pf. Diese erhöhe sich aber noch auf 30,720 fl. 6 kr. 1 pf., weil dazu wegen des nicht bestandenen Defektes von 65,936 fl. 54 kr. 3 pf. die Tantiemen ad 979 fl., dann die bisher gezahlten 12,540 fl. und das eingezogene Cautionskapital ad 1500 fl. gerechnet werden müßten.

Kläger bittet sonach um das Erkenntniß:

„der k. Fiscus sei schuldig, 30,720 fl. 6 kr. 1 pf. ihm zurück zu ersetzen, und es sei die Beschlagnahme des 1/3 der Pension, sowie des Gutes Eisenhart aufzuheben."

Mit Decret vom 28. Juni 1851 wurde diese Klage dem k. Regierungsfiscalate zur Abgabe der Exception zu-

gefertigt. Allein mit Schreiben der k. Regierung von Nieder-Bayern, Kammer der Finanzen, an das k. Appellationsgericht vom 22. pr. 24. Juli 1851 wurde die Competenz des letzteren zur Verhandlung und Entscheidung der Klage beanstandet und mit Hinweisung auf die Verordnung v. 20. Oktober 1812, die Errichtung des obersten Rechnungshofs betreffend, ein bejahender Competenz-Conflikt angeregt.

Das k. Appellationsgericht dagegen beharrte auf seiner Ansicht.

Der Competenz-Conflikt wurde sonach in Gemäßheit des §. 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 instruirt, vom k. Regierungsfiscalate auch sub 25. August 1851 und so von dem von Köppelle sub 4. September 1851 eine von dem k. Advokaten Grafberger verfaßte Denkschrift eingereicht. Ueberdieß wurden von dem von Köppelle noch zwei Eingaben sub 4. Dezember 1851 und 28. Januar 1852 zu den Akten des obersten Gerichtshofs gebracht. Die Competenz der Civilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Klage vom 19. Juni 1851 wird in der Denkschrift des k. Regierungsfiscalats bestritten, weil nach den bestehenden Gesetzen und Verordnungen nur die Rechnungsinstanzen über Finanzrechnungsgegenstände zu urtheilen, und die hieraus entstehenden Haftungen der Rechnungsbeamten festzustellen haben, der Gegenstand des von diesem abgeurtheilten Rechnungsprozesses also nicht mehr vor dem Civilgerichte zur Sprache gebracht werden könne, den Inhalt vorliegender Klage aber eben das Rechnungswesen des Klägers bilde, während der Civilrechtsweg von dem Rechnungsbeamten nur wegen Gegenforderungen aus privatrechtlichen Titeln und nur dann betreten werden könne, wenn vor Allem der Rechnungs-Rückstand bezahlt wurde, vorliegend aber in der Klage selbst eingeräumt sei, daß der größere Theil des festgestellten Rechnungsrestes unberichtigt noch bestehe.

In der Denkschrift des von Köppelle dagegen wird die Ausführung versucht, daß das Rechnungsverfahren nur

die Ausmittelung des Rechtsverhältnisses unter den Interessenten bezwecke, damit das hiernach Streitige vom Richter entschieden werden könne.

Die Eigenschaft eines rechtlichen Urtheils könne den von den Rechnungsstellen gefaßten Beschlüssen nicht beigelegt werden. Bei der Rechnungsrevision fehle es an allen wesentlichen Bestandtheilen eines Rechtsstreites, sowie an einem Kläger und Beklagten, wenn nicht die Revisionsstelle als Partei und Richter zugleich gelten soll.

Die Verordnung über den Wirkungskreis des obersten Rechnungshofs §. 19 bringe nur mit sich, daß dessen Beschlüsse realisirt werden müßten, und daß die Klage bei Gericht gegen dieselben den Suspensiveffekt nicht habe. Die Klage vom 19. Juni 1851 nun sei die condictio sine causa, mit welcher die Zurückerstattung von 30,720 fl. 6 kr. verlangt werde, welche Kläger in Folge der Beschlüsse der Rechnungsstellen zuviel bereits bezahlt habe.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung am 2. Juli 1852 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf der Namens der k. Regierung von Nieder-Bayern, Kammer der Finanzen, erschienene k. Regierungs- und Fiscalrath Pfeufer das Wort erhielt und die der Competenz der Civilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Klage des v. Köppelle entgegen stehenden Gründe nochmals erörterte. Auch von Seite des k. Staatsanwaltes am obersten Gerichtshofe wurde nach nochmaliger Beleuchtung des Sach- und Rechtsverhältnisses der Antrag gestellt auf das Erkenntniß: daß das k. Appellationsgericht von Niederbayern zur Verhandlung und Entscheidung der vorliegenden Klage des v. Köppelle vom 1. praes. 19. Juni 1851 nicht competent sei.

Diesem Antrage war auch stattzugeben.

Zwar kann die Competenz der Civilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung von Klagen, welche Ansprüche

verrechnender Staatsbeamten an das Aerar in Rechnungssachen betreffen, nicht im Allgemeinen in Abrede gestellt werden, denn

1) gemäß §. 9, 10, 32 der Verordnung, betreffend das Finanzrechnungswesen vom 11. Januar 1826 Regierungsblatt S. 169 verglichen mit §. 19 der Verordnung, betreffend die Errichtung des obersten Rechnungshofs vom 20. Oktober 1812 Regierungsblatt S. 1785, steht allerdings die Verbescheidung der Finanzrechnungen den einschlägigen Administrativbehörden in erster und dem obersten Rechnungshofe in zweiter und letzter Instanz zu, so, daß dessen Bescheidsertheilung, oder, wenn der Recurs an ihn nicht, oder nicht rechtzeitig ergriffen wurde, jene der ersten Instanz executive Kraft hat, und mit Ausschluß jedes anderweitigen Recurses zum Vollzuge gebracht werden muß. Aber

2) diese Behörden haben die Rechnungen lediglich nach den Gesetzen und Normen der Comptabilität zu prüfen. Der §. 57 der gedachten Verordnung vom 11. Januar 1826 bestimmt wörtlich:

„der oberste Rechnungshof gibt über die definitive Erledigung des Abrechnungsaktes und die eingelegten Recurse nach den bestehenden Comptabilitätsgesetzen die letzte Bescheidsertheilung, welche executive Kraft hat," —

in Uebereinstimmung mit der vorausgehenden Verfügung des §. 12:

„sowohl die erste als zweite Rechnungsinstanz wird nach den Gesetzen der Comptabilität über die jährlich abzulegenden Rechnungen unabhängig von dem Ministerium der Finanzen erkennen."

Diesem zufolge

3) beruht die Entscheidung der Rechnungsinstanzen auf den Vorschriften über die Rechnungsmäßigkeit. Die Prüfung der Verbindlichkeit des Rechners für nicht ein-

gebrachte Posten des Einnahmssoll, oder wegen der nach den Verwaltungsnormen nicht passirlichen Verausgabung nach civilrechtlichen Grundsätzen zu haften, liegt nicht, oder doch nicht nothwendig, in der Aufgabe der Rechnungsbehörden.

Die Fragen, ob das Aerar zufolge civilrechtlicher Bestimmungen sich an den Rechner oder an einen Dritten wegen eines Ausstandes zu halten habe, ob der Rechner wegen eines Verschuldens vorgesetzter Stellen, oder wegen Entwendung von Amtsgeldern, oder wegen Unterschlagung derselben durch einen Subalternen von der Haftung befreit werde, ob die Einrede der Zahlung, der Compensation u. dgl. nach den Regeln des Civilprozesses begründet und erweislich sei, — alle Fragen dieser Art kommen nicht in Betracht, wenn es sich lediglich um die Rechnungsmäßigkeit handelt. Nach den über diese bestehenden Vorschriften kann also immerhin ein Cassadefect liquid seyn, ohne daß damit auch die Verbindlichkeit des Beamten zur Haftung civilrechtlich ausgemacht ist. Klagen oder Einreden aus privatrechtlichen Titeln, und überhaupt die Bestreitung der Haftbarkeit aus Gründen, welche das Rechtsgebiet darbietet, werden sohin durch die executive Kraft der lediglich auf den Comptabilitätsnormen beruhenden Erkenntnisse der Rechnungsinstanzen nicht ausgeschlossen, und die Zulassung des Rechtsweges thut der Competenz dieser keinen Abbruch. Vor dem Civilgerichte handelt es sich nicht mehr um die Rechnungsrevision im Standpunkte der Rechnungsmäßigkeit, nicht von der Richtigkeit des festgestellten Cassedefects in quanto, nicht um eine Berufung gegen das Erkenntniß der Rechnungsbehörde, wodurch der Vollzug desselben sistirt würde. Wenn aber von dem Rechner Ansprüche an das Aerar, welchen nach den Comptabilitätsgesetzen Anrechnung nicht zu Theil wurde, privatrechtlich begründet oder in Ansehung überbürdeter Ersatzposten die Nichtschuld gemäß civilrechtlicher Normen behauptet wird, so hat sich aus der von der Rechnungsbehörde in den Grenzen

ihrer Competenz entschiedenen Rechnungssache nunmehr ein streitiges Privatrechtsverhältniß zwischen dem Beamten und dem Aerare entwickelt, in welchem der k. Fiskus, wie es auch der §. 5, Titl VIII. der Verfassungsurkunde mit sich bringt, bei dem Civilgerichte Recht nehmen muß.

Damit stimmen auch ältere und neuere Verordnungen und Gesetze überein. So heißt es:

a) in cod. jud. I. 12. Nr. 8:

„gehören auch churfürstliche Beamte in Rechnungs- und anderen Kameralsachen ganz allein unter die Hofkammer, und es haben sich die Justizdicasterien darin nicht einzumischen, wenn nicht die Untersuchung zugleich Parteisachen mitberührt."

die Anmerkungen verweisen dabei auf die neue verbesserte Hafrathsordnung von 1750 (Gen.-Samml. von 1771, S. 6) deren Vorschrift in §. 8 dahin ging:

„soll der Hofrath in liquiden Kammergefällen keinen Prozeß gestatten, sondern vielmehr selbst auf Ersuchen die Execution befördern helfen, wo sich aber dergleichen Sachen auf den Rechtsweg qualifiziren, soll zuvörderst mit der Kammer communizirt und, ehe dieses geschehen, kein Instand oder sonst etwas Verfängliches erkannt werden."

b) In der Hofkammer-Ordnung vom 16. August 1779, §. 5 a. E. (Gen.-Samml. Thl. I. S. 409):

„wenn ein zur Zahlung eines Recesses verurtheilter Diener die Receßsache bei den Justizdikasterien anhängig machen würde, so soll, wenn der Reliquarius seinen Rückstand vor Allem ad cameram bezahlt haben würde, das Cameralinteresse durch den Camerfiscal vertreten, wo sich aber durch Urtheil und Recht eine Rückbezahlung an den Reliquarius gegen die Cameralmeinung ergeben würde, diese Rückbezahlung sogleich bei Vermeidung der

landesherrlichen Ungnade nach Maß richterlichen Bescheides von der Hofkammer bewirkt werden;"

c) in der Novelle vom 9. November 1808 (Samml. I. S. 278):

„die über den Ersatz der Kassaabgänge bestehenden Verordnungen gestatten keine Berufung an eine höhere Rechtsbehörde, bevor nicht der Ersatz geleistet ist. Entweder muß Ersatz oder genügende Caution geleistet seyn;"

d) in der Novelle vom 25. August 1815 (Samml. III. S. 183):

„das Quantum eines bestehenden Rechnungs-Restes hinein oder heraus kann von Niemanden, als von den Rechnungsbehörden, und in oberster Instanz von dem k. obersten Rechnungshofe abgeurtheilt werden. Allein für Gegenforderungen des Beamten aus privatrechtlichen Gründen, wobei jedoch das Liquidum mit dem illiquido nicht vermischt werden darf, kann die Justiz bei den Civil-Gerichten nicht verweigert werden."

Allein abgesehen davon, in wie ferne für die Klage des von Köppelle de pr. 19. Juni 1851 den erörterten Kriterien zufolge die Zuständigkeit der Civilgerichte etwa begründet seyn könnte, so fehlt es für diese zur Zeit noch an der allgemeinen Vorbedingung, unter welcher die Gesetze für Klagen vorliegender Art die Zuständigkeit der Civilgerichte festgesetzt haben. Denn schon die Hofkammerordnung von 1779 §. 5 a. E. hatte dem Reliquarius den Rechtsweg nur unter der Bedingung eröffnet, daß er seinen Rückstand vor Allem ad cameram bezahlt haben würde. Ebenso gestattet die Novelle vom 9. November 1808 die Betretung des Rechtsweges nur, wenn der Ersatz oder genügende Caution geleistet wurde. Da nun die Behauptung des Klägers, daß er die Zahlung des Cassadefekts bereits geleistet habe, seinem anderweiten Vorbringen gemäß nur dahin zu verstehen ist,

daß mittelst der sequestrirten Gutsrenten, dann des eingezogenen Pensionsdrittels und der Zinsen des Cautionskapitales zur Zeit der Klagestellung 12,540 fl. bezahlt, sohin immer noch über 23,000 fl. zu berichtigen waren, so ergibt sich hieraus, daß wegen noch nicht geschehener Erfüllung der für die Betretung des Rechtsweges entscheidenden Vorbedingung das k. Appellationsgericht für Verhandlung und Entscheidung der Klage des von Köppelle als zuständig nicht betrachtet werden kann.

Ueberdieß aber würde auch eine Klage, welche, wie aus dem Communicate des k. Appellationsgerichts an die k. Regierung, Kammer der Finanzen, vom 2. August 1851 hervorgeht, eine Reihe von Forderungen aufstellt, ohne Unterschied, ob sie civilrechtlich begründet, oder als durch die Beschlüsse der Finanzbehörden bereits definitiv entschieden zu betrachten sind, nicht zur Verhandlung gebracht werden können.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 3. Juli 1852, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Oberappellations-Gerichtspräsident, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus; dann der II. Staatsanwalt Dr. Lotz, und Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, Präsident.

Paulus, Sekretär.

# XXXI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 3. Juli 1852 in Sachen des Georg Söhnlein von Engelthal und Consorten gegen den k. Fiskus, die Erfüllung und eventuell Annullirung eines Vergleiches hier einen angeblichen Competenz-Conflikt zwischen Justiz- und Verwaltungs-Behörden betr.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 38, S. 841—850.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Georg Söhnlein von Engelthal und Consorten gegen den k. Fiskus, die Erfüllung und eventuell Annullirung eines Vergleiches, hier einen angeblichen Competenz-Conflikt zwischen Justiz und Verwaltungsbehörden betreffend, zu Recht:

„daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sohin die Sache hierorts wegen Unzuständigkeit abzuweisen sei.

Das von dem kgl. Advokaten Tretter für die Eingabe vom 14. praes. 27. November 1851 zum Betrage von 25 fl. 31 1/2 kr. angezifferte Deservit wird abgestrichen.“

### Gründe:

In einem zwischen den k. Forstbehörden als Vertretern des Staatsärars und den in den Staatswaldungen des vormals reichsstädtisch Nürnberg'schen Pflegamtes Engelthal eingeforsteten und zum Bezuge von Rechstreu berechtigten Ortseinwohnern von Engelthal, Egensbach, Gansberg, Hallershof 2c. behufs der Beseitigung mehrfacher damals bestandener Differenzen abgeschlossenen am 1. und 2. November 1824 protokollirten Vergleiche heißt es sub Art. 5, Nr. 3: „die Zeit des Streurechens wird von Michaeli bis Ende des No-

vembers festgesetzt; sollte jedoch die Witterung das Rechen und Abführen der Streu durchaus verhindern, so ist hiezu der April und Mai des nächsten Jahres gestattet, „und am Schlusse des erwähnten Vergleichsprotokolls findet sich als Nachtrag zur vorerwähnten Bestimmung noch angeführt:“ daß wegen der winterlichen Lage des größten Theiles der betreffenden Streudistrikte und wegen des bedeutenden Feldbaues der Berechtigten die Zeit des Streurechens im Frühjahre auf den Monat Mai und den vollen Monat Juni bestimmt werde.“

Georg Söhnlein von Engelthal und Consorten behaupten nun, berechtigt zu seyn, das Streurechen auf den ihnen zugewiesenen königlichen Steuerplätzen in den Frühlingsmonaten April, Mai und Juni jeden Jahres, oder doch in den beiden letzten Monaten unbedingt und ohne Beschränkung, insbesondere ohne Rücksicht auf die Witterung im vorhergehenden Herbste, vorzunehmen und, da ihre dießfalls an die betreffenden Administrativbehörden gemachten Eingaben nicht den gewünschten Erfolg hatten, reichten sie unterm 21. November 1847 bei dem kgl. Appellationsgerichte von Mittelfranken eine Klage gegen den k. Fiskus ein, worin sie unter Anlage einer Abschrift des schon oben erwähnten Vergleichsprotokolles die Bitte stellten, nach verhandelter Sache auszusprechen, daß der k. Fiskus schuldig sei, ihnen das Streurechen auf den ihnen zugewiesenen Streuplätzen in den Frühlingsmonaten April, Mai und Juni jeden Jahres, oder doch in den beiden letzten Monaten unbedingt und ohne Beschränkung zu gestatten, insbesondere ohne Rücksicht auf die Witterung im vorhergehenden Herbste. Eventuell und für den Fall, daß dem erwähnten Vergleiche eine dieser ihrer primären Klagsbitte entsprechende Auslegung nicht gegeben werden sollte, suchten sie in besagter Klage die Rechtsgiltigkeit des besagten Vergleiches in den vorerwähnten Punkten anzufechten und fügten derselben eventuell noch die weitere Bitte bei, auszusprechen, daß der Vergleich vom 1. und 2.

November 1824, soweit derselbe Bestimmungen über die Zeit des Streurechens enthält, als nichtig aufzuheben sei.

Der beklagte k. Fiskus verweigerte die Einlassung auf diese Klage, indem er derselben mehrere Voreinreden, und unter diesen zuvörderst die Einrede der Incompetenz der Gerichte, wegen Mangels einer Civilprozeßsache, da sich die gestellte Klage durchaus nicht auf das Recht des Streubezuges selbst, sondern lediglich auf dessen Ausübung beziehe, diese aber laut der bestehenden Verordnungen ihrer forstpolizeilichen Eigenschaft wegen zu den Administrativbehörden competire, entgegensetzte. Eventuell hatte der k. Fiskus sich auch auf die Klage, jedoch verneinend eingelassen.

Nach vollständig gepflogener Verhandlung hat das obengenannte Appellationsgericht mittelst Urtheils vom 26. September 1848 unter Verwerfung der vorgebrachten Voreinreden zwar den k. Fiscus zur Streitseinlassung verurtheilt, die eventuell geschehene Einlassung als unbedingt geschehen erklärt, und in der Hauptsache die Klage theilweise abgewiesen theilweise auf Beweis erkannt; dieses Urtheil ist aber auf die vom k. Fiskus hiegegen eingewendete Berufung vom k. Ober-Appellationsgerichte, welches die fiscalische Einrede der Incompetenz der Gerichte auf den Grund der Verordnungen vom 3. März 1789, 15. Dezember 1804 und 2. April 1807 u. s. w. als rechtlich begründet annahm, dahin abgeändert worden, daß laut Erkenntniß vom 5. Oktober 1850 oberstrichterlich ausgesprochen wurde, der beklagte k. Fiskus sei nicht schuldig, sich auf die Klage einzulassen und haben die Kläger die Kosten erster Instanz allein zu tragen, jene der zweiten Instanz aber seien zu compensiren.

Hierauf hat der klägerische Anwalt Advokat Tretter am 27. November v. Js. bei dem k. Appellationsgerichte von Mittelfranken eine an den obersten Gerichtshof gerichtete Vorstellung eingereicht, in welcher er anführt, daß weil seine Mandanten sich von der Ueberzeugung nicht trennen können,

daß der ergangene oberstrichterliche Ausspruch der rechtlichen Lage der Sache nicht angemessen sei, er sich bemüssigt finde, auf den Grund des Art. 10 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 den hier vorwaltenden Competenz-Conflikt anzuregen, und um dessen Entscheidung nachzusuchen.

Der Statthaftigkeit dieses Gesuches, bringt Advokat Tretter dabei vor, könne der Umstand, daß die Klage nicht auch vorher noch bei den Administrativbehörden angebracht, und daß von diesen ihre Unzuständigkeit noch nicht ausgesprochen worden sei, nicht entgegenstehen, weil die einschlägigen Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe und der Kammer der Abgeordneten zu entnehmen geben, daß rasche Erledigung der zu entscheidenden Competenzfrage bezielt werde, und in diesen Verhandlungen sich auch bestimmt dahin ausgesprochen sei, daß schon bei den erfolgenden Erkenntnissen der Gerichts- oder Verwaltungsbehörden, sofort die Anregung des Competenz-Conflikt es begründet sei. In weitwendiger Erörterung werden hierauf in besagter Vorstellung die dem oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 5. Oktober 1850 beigefügten Entscheidungsgründe zu widerlegen und die Zuständigkeit der Civilgerichte darzuthun gesucht, und der dort gestellte Antrag geht dahin, daß unter Abänderung des vorerwähnten oberappellationsgerichtlichen Urtheils ausgesprochen werden möge, daß die Civilgerichte zur Instruktion und Entscheidung der vorliegenden Sache competent seien, und daß sonach das Oberappellationsgericht neuerdings Erkenntniß zu erlassen habe.

Dieses Gesuch ist im Duplikate dem k. Regierungs-Fiskalate von Mittelfranken mitgetheilt worden, welches hierauf am 6. Jänner h. Js. eine Denkschrift eingereicht hat, worin das Vorhandensein eines Competenz-Conflikts widersprochen und der Antrag gestellt ist, auszusprechen, daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben und das vom Advokaten Tretter gestellte Gesuch abzuweisen sei, eventuell aber auch

erörtert ist, daß in fraglicher Klagssache die Competenz der Civilgerichte nicht begründet sei.

Nachdem nun diese Sache in der gestrigen öffentlichen Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, worauf, da von Seite des Georg Söhnlein und Consorten Niemand erschienen war, der als Vertreter des k. Fiskus erschienene k. Regierungs-Assessor und Fiskalats-Adjunkt von Melzl das Wort erhielt und nach näherer Erörterung der Sache den in obenerwähnter fiscalischer Denkschrift gestellten Antrag wiederholte. Hiernach nahm der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort und stellte seinen Antrag dahin, auszusprechen, daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben, sofort die Sache wegen mangelnder Zuständigkeit abzuweisen sei.

Diesem Antrage mußte auch aus nachstehenden Gründen stattgegeben werden.

Das Gesetz über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 spricht zwar im Artikel 10 aus, daß, wenn zwischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden ein verneinender Competenz-Conflikt obwaltet, den betheiligten Parteien dessen Anregung zustehe; es erfordert aber hiezu, daß Verwaltungs- und Gerichtsbehörden die Zuständigkeit in Ansehung des nämlichen Gegenstandes abgelehnt haben.

Es ist sonach eine solche Anregung, und ein Gesuch, daß der nach Artikel 1 des vorallegirten Gesetzes constituirte Senat des obersten Gerichtshofs über die Competenzfrage entscheiden möge, in Sachen, in welchen die Zuständigkeit nicht schon von beiderseitigen Behörden, sondern nur allein von Seite der Gerichts- oder nur von Seite der Verwaltungs-Behörden abgelehnt worden ist, schon offenbar deßhalb unstatthaft, weil es dann an einem wirklichen Conflikte mangelt, der vorerwähnte Senat aber nur zur Entscheidung von Competenz-Conflikten berufen und zuständig ist.

Daß in obenerwähnter Sache die Zuständigkeit von den

Gerichtsbehörden abgelehnt wurde, steht allerdings außer Zweifel, daß es aber auch von den Administrativbehörden geschehen sei, vermochte der Gesuchsteller gar nicht zu behaupten, führt vielmehr in der betreffenden Eingabe, wie schon oben erwähnt wurde, ausdrücklich an, daß von den Administrativbehörden ihre Unzuständigkeit noch nicht ausgesprochen worden sei.

Bei diesen Verhältnissen mangelt es zu einer dießortigen Entscheidung an dem Haupterfordernisse, an dem Vorhandensein eines Competenz=Conflikts, und der vom Advokaten Tretter eingebrachte Antrag stellt sich daher als durchaus unbegründet und unhaltbar dar.

Advokat Tretter behauptet zwar, wie auch schon oben angeführt wurde, daß in den einschlägigen Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe und der Kammer der Abgeordneten sich bestimmt dahin ausgesprochen sei, daß schon bei ergangenen Erkenntnissen der Gerichts= oder der Verwaltungs=Behörden die Anregnng des Competenz=Conflikts statthaft sei, und es sonach hiezu keineswegs erforderlich sei, daß die Zuständigkeit bereits von beiden Seiten abgelehnt wurde. Allein von einem dießfallsigen Ausspruche der Kammern findet sich nichts vor und allenfallsigen Aeusserungen einzelner Kammermitglieder, wenn sie auch im Laufe der Verhandlungen in dem vom Gesuchsteller angedeuteten Sinne vorgekommen sein sollten, kann der klaren und deutlichen Bestimmung des Gesetzes gegenüber ein rechtliches Gewicht nicht beigelegt werden, wobei noch zu erwähnen kommt, daß im Vortrage des Ausschusses der Kammer der Abgeordneten, da, wo von dem Zeitpunkte, in welchem ein negativer Competenz=Conflikt anzuregen sei, die Sprache ist, es wörtlich heißt: „soviel ist gewiß, daß die Confliktsanregung nicht früher geschehen darf, als bis die Unzuständigkeitserklärung von gerichtlicher und administrativer Seite erfolgt ist,“

conf. Beil.=Bd. III. v. J. 1850 pag. 244. — somit auch dort sich dahin ausgesprochen ist, daß, wie dieß

auch im Wesen eines verneinenden Conflikts liegt, eine Ablehnung der Zuständigkeit von beiden Seiten stattgefunden haben müsse.

Demnach mußte, wie oben geschehen, erkannt und dem Advokaten Tretter das für oben erwähnte grundlose Eingabe angesetzte Deservit als unpassirlich abgestrichen werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 3. Juli 1852, wobei zugegen waren:

Freiherr von Gumppenberg, I. Oberappellations-Gerichtspräsident, Ministerialrath v. Friederich, Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, der Generalstaatsanwalt Dr. von Kiliani und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXXIII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. Juli 1852, betreffend den Copetenz-Conflikt zwischen der k. Regierung der Pfalz, Kammer des Innern, und dem k. Friedensgerichte des Cantons Edenkoben in Sachen des Franz Peter Schwarzwälder II., Gutsbesitzers in Diedesfeld gegen die Gemeinde Diedesfeld, vertreten durch ihren Bürgermeister Johann Boßung, Gutsbesitzer und Wirth daselbst, wegen Besitzstörung.

(Reg.-Bl. v. 1852, Nr. 40, S. 867—883.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der kgl. Regierung der Pfalz,

Kammer des Innern, und dem k. Friedensgerichte des Cantons Edenkoben in Sachen des Franz Peter Schwarzwälder II, Gutsbesitzers in Diedesfeld gegen die Gemeinde Diedesfeld, vertreten durch ihren Bürgermeister Joh. Boßung, Gutsbesitzer und Wirth daselbst, wegen Besitzstörung zu Recht:

„daß das k. Friedensgericht des Cantons Edenkoben nicht competent sei, auf die von Franz Peter Schwarzwälder II., Gutsbesitzer in Diedesfeld, unterm 15. Dezember 1850 erhobene possessorische Klage zu erkennen, soweit solche darauf gerichtet ist, den Kläger im Jahresbesitze der von ihm in Anspruch genommenen Grundfläche zu schützen, der beklagten Gemeinde weitere Störungen zu verbieten, und sie zu verurtheilen, den status quo vor der Störung binnen drei Tagen von Zustellung des Urtheils an, wieder herzustellen und im Unterlassungs-Falle den Kläger zu ermächtigen, solches auf Kosten der Gemeinde bewerkstelligen zu dürfen; daß dagegen die Zuständigkeit des genannten Gerichtes über diese Klage in so weit zu erkennen, als dadurch zugleich die Anerkennung des Annalbesitzes der streitigen Grundfläche im Sinne des Art. 23 der Civilprozeßordnung bezweckt wird, begründet sei."

**Entscheidungsgründe.**

Der Gutsbesitzer Franz Peter Schwarzwälder II. in Diedesfeld besitzt im Banne von Diedesfeld, Gewann, Kirrweilerweg, auch Schloßmauer genannt, eine Wiese, welche einerseits durch Johann Jakob Ißler andererseits durch die Wittwe von Johann Anton Ullrich begränzt ist, und in ihrer ganzen Länge auf einen Gemeindeweg, die von Diedesfeld nach Kirrweiler führende Vizinalstraße, stößt.

Am 14. Dezember wurde auf Anordnung des Bürgermeisteramtes Diedesfeld dieser Weg angeblich rectifizirt und in seine durch Steine bezeichnete Grenze gebracht. Diese Maßregel ist es, welche zu der zwischen Franz Peter Schwarz-

wälder II. und der Gemeinde Diedesfeld entstandenen Irrung die nächste Veranlassung war. Schwarzwälder behauptete nämlich, die Gemeinde habe bei dieser Gelegenheit von seiner an die Straße stossenden Wiese einen Strich Landes von 30½ Metre Länge und bis zu 81 Centimetres Breite abstechen und als eine Dependenz des Weges mit diesem vereinigen lassen. Diese Fläche, einen Kreisabschnitt bildend, könne aber als Bestandtheil des Weges nicht betrachtet werden; denn seit undenklicher Zeit habe hier der Weg eine Curve beschrieben und zwar so, daß er auf einem 80 Centimetres hohen Damme oder Rech hinzog, dessen Fuß durch einen Wassergraben bespült wurde. Dieser Graben habe die eigentliche Gränze zwischen dem Weg und der Wiese gebildet, und es seien auf Letzterer dem Graben entlang 24 alte Weidenbäume gestanden, die er mit dem erwähnten, nunmehr zur Straße gezogenen Strich Landes theils selbst, theils durch seine Rechtsvorgänger seit mehr als 30 Jahren öffentlich und ungestört besessen habe. Die Gemeinde Diedesfeld, die nun den Wassergraben in seine Wiese hineingerückt und die erwähnten Weidenstöcke habe umhauen lassen, sei zu dieser ihn beeintächtigenden Maßregel wahrscheinlich durch den Umstand veranlaßt worden, daß an dem nördlichen Ende der Wiese da, wo dieselbe auf den Rech des Weges stößt, ein Grenzstein, und in der Wiese der Wittwe Ullrich ein zweiter Grenzstein sich befinde, welche beiden Steine auf einem Plane vom Jahre 1838 durch eine gerade Linie verbunden seien, während sie doch unverkennbar keine andere Bedeutung hätten, als den Lauf des Weges in seiner von jeher bestandenen bogenförmigen Richtung zu bezeichnen.

Dieser Aufstellung entgegentretend behauptete die Gemeinde ihrerseits, die Verbindung der beiden Steine durch eine grade Linie, wie sie auf dem erwähnten Plane bezeichnet sei, bildet die Grenze zwischen den Weg und dem Grundeigenthum des Schwarzenbacher und mittelst der vorgenommenen Rectification sei daher nicht ein fremdes, sondern

ein zum Wege gehöriges und in die Weglinie fallendes Terrain seiner Bestimmung wieder zurückgegeben, und sofort von den darauf befindlichen Bäumen geräumt worden.

Auf den Grund obiger von Schwarzwälder behaupteten Thatsache trat derselbe unterm 15. Januar 1851 gegen die Gemeinde Diedesfeld mit einer possessorischen Klage auf, indem er bei dem k. Friedensgerichte des Cantons Edenkoben den Antrag stellte, ihn im Annalbesitze des bezeichneten Abschnittes zu schützen, der beklagten Gemeinde weitere Störung zu verbieten, und sie zu verurtheilen, den status quo vor der Störung binnen drei Tagen von Zustellung des Urtheils an wieder herzustellen und im Unterlassungsfalle den Kläger zu ermächtigen, solches auf Kosten der Gemeinde bewerkstelligen zu dürfen, auch Letztere wegen der umgehauenen 23 Weidenstöcke in eine Entschädigung von 15 fl. und in die Prozeßkosten zu verurtheilen.

Nachdem das k. Friedensgericht unterm 31. Januar 1851 die Besichtigung der streitigen Lokalitäten angeordnet hatte, stellte die beklagte Gemeinde durch ihren Bürgermeister Joh. Boßung an dem hiezu festgesetzten Tage, 10. Februar 1851, an Ort und Stelle den Antrag, das k. Friedensgericht wolle, da es sich hier von Vollziehung administrativer Anordnungen handle und namentlich die Breite und Grenze einer Straße in Frage stehe, sich incompetent erklären und die Sache zur Entscheidung vor die zuständige Verwaltungsbehörde verweisen.

Zur Stellung dieses Antrages war der Gemeinde-Vorsteher in Folge eines speciellen Erlasses der k. Regierung der Pfalz, Kammer des Innern, vom 29. Januar 1851, beauftragt worden.

Die oberste Kreisstelle war nämlich von der Ansicht ausgegangen, daß nach Artikel 6 des Gesetzes vom 1. Ventose XIII. es ausschließlich der Verwaltungsbehörde zustehe, die früheren Gränzen der Vizinalstraßen zu ermitteln und ihre Breite zu bestimmen, in dieser Operation, wovon es sich im gegebenen Falle handle, dürfte die Administration von den

Gerichten nicht behindert werden; falle nach Maßgabe der administrativen Verhandlung die von Schwarzwälder in Anspruch genommene Grundfläche in die Straßenlinie, so stehe ihm, wenn er das Eigenthum daran zu erweisen vermöge und eine vorher zu versuchende gütliche Vereinbarung erfolglos bliebe, eine Entschädigungsklage gegen die Gemeinde Diedesfeld zu.

Gleichzeitig war das k. Landcommissariat Landau beauftragt worden, wegen der Grenzen der Straße von Diedesfeld nach Kirrweiler und deren Breite die erforderliche Instruktion zu pflegen, und die nöthigen Verfügungen vorbehaltlich der Berufung zu treffen.

Das k. Friedensgericht verwarf sofort die vorgeschützte Incompetenzeinrede als ungegründet in der Erwägung, daß hier lediglich der Artikel 23 C. de pr. maßgebend sei, und die friedensgerichtliche Zuständigkeit, über possessorische Klagen zu erkennen, selbst dann nicht cessire, wenn es sich von Ansprüchen in Bezug auf Vicinalwege handle, und setzte nach eingenommenem Augenschein zur weiteren Verhandlung der Sache die Sitzung vom 7. März 1851 fest.

Mittlerweile war von dem hiezu beauftragten Bezirksbauschaffer Mayr in Landau ein die Behauptung der Gemeinde Diedesfeld unterstützendes Gutachten erstattet worden, worauf die k. Regierung der Pfalz, Kammer des Innern, mittelst motivirten Beschlusses vom 28. Februar 1851 gegen das Urtheil des k. Friedensgerichts vom 10. Februar, wodurch sich dasselbe für competent erklärte, über die Klage des Schwarzwälder gegen die Gemeinde Diedesfeld Recht zu sprechen, den Competenz-Conflikt erhoben hat.

In der Sitzung vom 7. März legte der Bürgermeister der Gemeinde Diedesfeld den erwähnten Beschluß vor, worauf das k. Friedensgericht die weitere Verhandlung der Sache bis nach erfolgter Entscheidung des erhobenen Conflikts aussetzte.

Gemäß Artikel 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850,

die Competenz-Conflikte betreffend, ist den Parteien unterm 28. April 1851 der gedachte Regierungsentschluß, wodurch die Verhandlung und Entscheidung der Sache für die Verwaltung in Anspruch genommen wurde, in Abschrift mitgetheilt und darauf von dem Kläger Schwarzwälder unterm 15. Mai 1851 eine Denkschrift eingereicht worden; Schwarzwälder suchte darin den erhobenen Competenz-Conflikt als formell nichtig und wirkungslos, sowie als materiell unbegründet zu bekämpfen und beantragte zugleich mittelst provisorischer Verfügung, die Einstellung der auf Alteration der Lokalitäten und neue Wegbegränzung abzielenden Arbeiten auf der streitigen Wegstrecke zu verordnen.

Diesen Verhandlungen nachgängig hat das k. Land-Commissariat Landau — aller Wahrscheinlichkeit nach auf den Grund der Regierungs-Verfügung vom 29. Januar 1851 — durch Beschluß vom 14. August 1851 die Breite des Weges von Diedesfeld nach Kirrweiler gemäß dem Katasterplane in Uebereinstimmung mit der durch das Bürgermeisteramt vorgenommenen reellen Abgrenzung in der Weise bestimmt, daß die von Schwarzwälder in Anspruch genommene Fläche als Bestandtheil des Straßenkörpers erscheint. Die Breite soll nämlich von Plan-Nr. 3598 und 1067 bis Plan-Nr. 960 und 1065 auf eine Länge von 44,50 Metres 6,85 Metres betragen.

Nachdem die Sache in der heutigen Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Piris unter Ablesung der erheblicheren Aktenstücke Vortrag, worauf, da keiner der von der Verhandlungstagsfahrt in Kenntniß gesetzten Betheiligten erschienen war, der k. Generalstaatsprocurator das Wort nahm und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte:

„Es gefalle dem obersten Gerichtshofe, die Verwaltung für zuständig zu erklären, die in der Streitsache des Franz Schwarzwälder gegen die Ge-

meinde Diedesfeld veranlaßte präjudizielle Frage bezüglich folgender Punkte zu entscheiden:

1) Ob der von Diedesfeld nach Kirrweiler führende Weg einen Vizinalweg bilde und als solcher erklärt sei;

2) ob das auf Anordnung des Bürgermeisters zu Diedesfeld von der Wiese des Klägers losgetrennte und mit diesem Wege vereinigte Terrain einen integrirenden Theil des Weges bilde und schon früher zu demselben gehört habe;

3) ob der Bürgermeister zu Diedesfeld hiebei aus besonderem Auftrage der k. Kreisregierung handelte, oder ob die angeordneten und vollzogenen Arbeiten die nachträgliche Genehmigung dieser Verwaltungsstellen erhalten haben;

sofort, das vom k. Friedensgerichte zu Edenkoben am 10. Februar 1851 erlassene Urtheil in so weit aufzuheben als dasselbe sich für competent erklärt hat, sogleich und ohne Entscheidung der präjudiziellen Frage durch die Administrativbehörde abzuwarten, über die vorliegende Besitzklage zu erkennen; — demnach zu verordnen, daß, nachdem die Entscheidung dieser Frage durch die Administrativbehörde erfolgt seyn wird, dieselbe von den Parteien dem k. Friedensgerichte vorgelegt werde, damit solche, nach vorgängiger weiterer Verhandlung zwischen den Parteien, und unter Zugrundlage dieser administrativen Entscheidung, das weitere Rechtliche in der Sache erkenne; — endlich den Kläger Franz Schwarzwälder mit den am Schlusse seiner Denkschrift gestellten Anträgen als unstatthaft abzuweisen."

Bei der hierauf gepflogenen Berathung hat sich Folgendes ergeben:

1) In formeller Beziehung ist der Einwand, daß der von der k. Regierung der Pfalz angeregte Compe-

tenz-Conflikt nicht in der durch Artikel 13 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 vorgeschriebenen Weise eingeleitet und daher wirkungslos sei, als offenbar ungegründet nicht zu beachten.

Denn die von der genannten Kreisstelle gemäß Art. 5 dieses Gesetzes erlassene motivirte Entschließung, zufolge welcher die Verhandlung und Entscheidung der vorwürfigen Sache für die Verwaltung in Anspruch genommen wurde, ist nicht nur dem k. Friedensgerichte mit in dem folgenden Artikel 6 vorgesehenen Erfolge der Einhaltung mit dem Verfahren in der Hauptsache notificirt, sondern auch gemäß Artikel 7 l. c. dem Kläger Franz Peter Schwarzwälder so wie der beklagten Gemeinde auf Anordnung des k. Friedensgerichtes unterm 18. April 1851 laut vorliegender Empfangsbescheinigungen zugestellt worden.

Allerdings verfügt der Artikel 13 des angeführten Gesetzes allgemein, daß in der Pfalz jene die Zuständigkeit betreffende Erklärung der Verwaltungsstelle dem Staatsanwalte zu übergeben und von diesem bei Gericht der geeignete Antrag zu stellen, ferner daß die durch Artikel 7 vorgeschriebene Mittheilung ebenfalls durch den Staatsanwalt zu bewirken sei. Allein das Gesetz hat hiebei nur diejenigen Gerichte im Auge, bei welchen das Institut der Staatsanwaltschaft besteht, was bei den k. Friedensgerichten als solchen nicht der Fall ist. Es blieb daher, um der Vorschrift des Gesetzes in der Wesenheit zu genügen, nichts übrig, als die Mittheilung und Zustellung nach den Bestimmungen der Artikel 5, 6 und 7, d. h. in der Weise, wie sie in Wirklichkeit erfolgt ist, zu bethätigen.

2) Anlangend den Grund der Sache, so ist durch die Gesetze vom 16. bis 24. August 1790 Titel II. Art. 13, und vom 2. September 1795 (16. Fructidor III.) den Gerichten ausdrücklich untersagt, in die Operationen der Verwaltungsbehörden irgend wie störend einzugreifen und sich überhaupt mit Gegenständen,

welche ein allgemeineres Interesse berühren und nicht in den auf Schlichtung von Privatrechtsstreitigkeiten beschränkten Kreis civilrichterlicher Thätigkeit fallen, anordnend zu befassen.

Das hier zur Anwendung kommende Gesetz vom 28. Februar bis 10. März 1805 (9 — 19 Ventose XIII.), sich anreihend an die Bestimmung des Gesetzes vom 28. September bis 6. Oktober 1791 im Titel I. Sektion IV. Artikel 2, überweist nun aber die Fürsorge in Betreff der Vizinalstraßen der Administration (zunächst dem Präfekten, nunmehr der k. Kreisregierung), welche die alten Gränzen dieser Straßen zu ermitteln und zur Geltung zu bringen, sowie nach dem Befunde und nach Maßgabe des öffentlichen Bedürfnisses und der Lokalitäten die Wegbreite zu bestimmen hat. Die auf die Richtung den Umfang und die Demarkation der Vizinalstraßen Bezug habenden Verfügungen sind demnach, als in die Berufssphäre der Verwaltung fallend, der Prüfung und Billigung oder Abänderung von Seite der Gerichte entrückt, woraus indessen nicht gefolgert werden kann, daß unter dem Titel der Wegrektifikation oder einer Grenzberichtigung die Administrativ-Behörden einem Privaten sein Eigenthum ohne irgend eine daraus entstehende Verbindlichkeit willkürlich entziehen dürften; vielmehr sind es in solchen Fällen die Gerichte, welche das zu öffentlichem Zwecke verwendete Privateigenthum anzuerkennen und auf Schadensersatz zu sprechen haben.

In vorwürfiger Sache liegt nun, wie die gepflogenen Verhandlungen zweifellos entnehmen lassen, bezüglich des von Diedesfeld nach Kirrweiler führenden Gemeindeweges, dessen Eigenschaft als Vizinalweg nicht nur in den bezüglichen Erlassen der k. Regierung der Pfalz hervorgehoben, sondern auch von den Betheiligten mehrfach anerkannt ist, eine

Breite und Grenze dieses Weges betreffende Verwaltungsmaßregel vor, indem das Bürgermeisteramt der Gemeinde Diedesfeld als Organ der höheren Verwaltungsstelle und mit nachgefolgter Genehmigung derselben eine von Franz Peter Schwarzwälder II. in Diedesfeld als sein Eigenthum in Anspruch genommene Grundfläche als angeblichen Bestandtheil des fraglichen Weges diesem einverleibt hat. Diese Maßregel ist daher, soweit sie die, gleichviel auf welchem Motiv beruhende Bestimmung der dem Wege hier zukommenden Breite betrifft, der Beurtheilung der Gerichte entzogen, und es kann eine Abänderung des dadurch herbeigeführten faktischen Zustandes weder auf den Grund einer possessorischen Klage noch in Folge eines petitorischen Anspruches richteramtlich beliebt und geboten werden. Dahingegen unterliegt es keinem Zweifel, daß Schwarzwälder, welcher seines Eigenthumes entsetzt worden zu seyn behauptet, alle mit Aufrechthaltung der getroffenen administrativen Anordnung irgend verträglichen privatrechtlichen und prozessualischen Befugnisse ausüben und namentlich nicht nur eine entsprechende Entschädigung für das ihm entzogene Terrain überhaupt verlangen, sondern auch sein Recht auf Anerkennung des Eigenthums und eines die Vermuthung desselben begründenden mit den Erfordernissen des Artikels 23. C. de pr. versehenen Besitzungen als Grundlage und Bedingung jenes Anspruches geltend machen kann.

Demzufolge kann das k. Friedensgericht des Cantons Edenkoben unter keiner Voraussetzung als zuständig erachtet werden, dem von Schwarzwälder gestellten Antrage in so weit zu entsprechen, als derselbe darauf gerichtet ist, ihn im behaupteten Annalbesitze des fraglichen Wiesenabschnittes zu schützen, der Gemeinde Diedesfeld weitere Störung zu verbieten, und sie zu verurtheilen, den Zustand vor der angeblichen Störung wieder herzustellen, und im Unterlassungsfalle den Kläger zu ermächtigen, solches auf Kosten der Gemeinde be-

werkstelligen zu dürfen. Die Entscheidung auf die erhobene possessorische Klage in diesem als dem gewöhnlichen Umfange würde, falls sie zum Vortheile des Klägers ausfiele, eine zu auffallende Störung der Operationen der Verwaltungsbehörden und einen zu großen und folgenreichen Uebergriff in die denselben zustehenden Befugnisse involviren, um sich nicht von der Unstatthaftigkeit derselben nach Maßgabe der oben citirten gesetzlichen Verbote überzeugt halten zu müssen.

Dagegen verstößt es in keiner Weise gegen das Prinzip der Gliederung der Staatsgewalten, daß das k. Friedensgericht das in dem Klagsantrage nothwendig enthaltene mindere Begehren, zu erkennen, daß dem Kläger ein den Vorschriften des Artikels 23 C. de pr. entsprechender Besitzstand — als die Grundlage weiterer prozessualischer Vortheile und bezüglicher Gesammtentschädigungsansprüche — zur Seite stehe, zum Gegenstande weiterer Verhandlung und Entscheidung mache.

Diese Beschränkung auf einen in der Zuständigkeit des Gerichtes liegenden minderen Theil des Klagsanspruchs zeigt sich namentlich mit dem Axiom des französischen Rechtes, daß das Interesse den Maßstab der klagbaren Verfolgung der Ansprüche bilde, im Einklange und auch der vorherrschenden Jurisprudenz und Doctrin in Frankreich entsprechend.

Dem gemäß war die Zuständigkeit des kgl. Friedensgerichtes in Edenkoben nur in dem oben bemerkten beschränkten Umfange als begründet anzuerkennen.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 26. Juli 1852, wobei zugegen waren:

Dr. Heintz, II. Oberappellationsgerichts-Präsident, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichts-Rath Ruppenthal, Ministerialrath von Sperl, Ober-Appellationsgerichtsrath Dettenhofer, Ministerialrath Hänlein, Oberappellationsgerichtsrath Pixis, der General-

Staatsprokurator Bettinger und Oberappellationsgerichts-Sekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

v. Heintz, II. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXXIII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 18. Jänner 1853 in Sachen des Johann Jünger et Cons. zu Traunried gegen die Schulgemeinde Siebnach wegen Anerkennung eines Sondereigenthumes, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Schwaben und Neuburg und dem k. Landgerichte Türkheim betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 8, S. 113—126.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Johann Jünger et Cons. zu Traunried gegen die Schulgemeinde Siebnach wegen Anerkennung eines Sondereigenthumes, hier den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Schwaben und Neuburg und dem k. Landgerichte Türkheim betreffend, zu Recht:

„daß auf die Klage des Johann Jünger et Cons. von Traunried gegen die Schulgemeinde Siebnach wegen Anerkennung eines Sondereigenthums de dato 1. praes. 12. November 1849 zu verfügen oder zu erkennen die Gerichte zuständig seien.

**Gründe:**

Innerhalb der Markung der Ortschaft Traunried, Landgerichts Türkheim, befindet sich eine Waldung zu 44 Tagwerken, 40 Dezimalen, das Gemeindeholz genannt, und auch im Steuerkataster Pl.-Nr. 210 unter dieser Benennung vorgetragen.

Der Ort Traunried selbst zählt zwölf Bauern und Söldner nebst einem Leerhäusler.

Der politischen Gemeinde Traunried sind aber auch noch mehrere Anwesensbesitzer von Forsthofen, von Altershöfen und von Höfen zugetheilt.

Eine eigene Schule hat der Ort Traunried nicht, sondern die dortigen schulpflichtigen Kinder haben in die Schule im Pfarrdorfe Siebnach zu gehen.

Schon am 20. September 1840 faßten die zwölf Bauern und Söldner von Traunried bei stattgehabter Versammlung einstimmigen Beschluß dahin, daß die in Traunried vorhandenen Gemeindegründe, bestehend aus mehreren Wiesgründen und Oedungen, dann der oben erwähnten Waldung zur Vertheilung gebracht werden sollen, legten diesen Beschluß zur polizeilichen Instruktion und Genehmigung vor, stellten aber der obwaltenden Differenzen wegen laut Protokoll vom 3. November 1841 dann den Antrag, die Vertheilung der Gemeindegründe von Traunried bis auf weiters ausgesetzt seyn zu lassen.

Am 8. August 1844 faßten die Bauern und Söldner von Traunried abermals Beschluß dahin, daß sämmtliche Gemeindegründe zur Vertheilung gebracht werden sollen, erklärten aber sodann, als es zur Instruktion dieser Sache kam, beim k. Landgerichte Türkheim am 30. September 1844 zu Protokoll, daß die in 44 Tagwerken bestehende Gemeindewaldung außer Theilung bleiben soll, weil sich die Gemeinde für Theilung noch nicht ausdrücklich erklärt habe, und somit ihr Vertheilungsgesuch sich blos auf die vorhandenen Gemeindewiesen und Oedungen erstrecke.

Die Vertheilung der letzterwähnten Gemeindegründe, nämlich der vorhandenen Wiesen und Oedungen, erfolgte sofort auf den Grund der gepflogenen Verhandlungen mit von der k. Regierung von Schwaben und Neuburg unterm 13. August 1845 ertheilten Curatelgenehmigung in der Art, daß jedem Gemeindeglied und ebenso auch der Schule zu

Siebnach ein nach Quantität und Qualität gleichgestellter Antheil, dem in Traunried ansäßigen Leerhäusler Bortenschlager aber die ihm im Protokolle vom 14. Jänner 1845 mit seiner Zustimmung besonders ausgewiesenen 3/8 Joachert Grund im s. g. Brunnenbach zugetheilt worden, wobei noch bestimmt war, daß das auf den Oedungen vorhandene Holz oder Buschwerk zum Besten der Gemeindekasse abgetrieben werden solle.

Am 17. Mai 1847, als eben eine Versammlung der Mitglieder der politischen Gemeinde Traunried bei dortigem Vorsteher stattfand, stellten die 12 Bauern und Söldner von Traunried den Antrag, nunmehr auch die oben bezeichnete Waldung, die sie nun eine Privatwaldung nannten, in der Art zur gleichartigen Vertheilung zu bringen, daß nur allein die Gemeindeglieder von Traunried, welche 12 an der Zahl seien, die Waldung unter sich zu vertheilen haben, den auswärtigen Anwesensbesitzern zu Forsthofen, Altershöfen und von Höfen ein Anspruch hierauf nicht zukomme, womit sich auch diese Letzteren einverstanden erklärten. Als hierauf die Sache zur Instruktion an das k. Landgericht Türkheim gelangte, forderte dieses neben mehreren andern Nachweisen und Aufklärungen auch a) einen Ausweis, welchen Antheil die in Traunried ansässigen Leerhäusler an der zu vertheilenden Waldung und b) eine Auszeige, welchen Antheil die Schule zu Siebnach hievon erhalte.

In einem von der Gemeindeverwaltung Traunried am 22. März 1848 aufgenommenen Protokolle wurde hierauf ad a die Erklärung abgegeben, daß in Traunried nur ein Leerhäusler, der schon oben genannte Bortenschlager, vorhanden sei, und dieser 3/8 Antheil von dem Antheile eines Söldners erhalten solle, jedoch derselbe zum Loosen nicht zuzulassen sei, sondern seinen Antheil an einem von der Gemeindeverwaltung zu bestimmenden Platze erhalte, womit sich Bortenschlager auch einverstanden erklärt hat, ad b wurde die Erklärung dahin abgegeben, daß, da die Gemeinde

resp. der Ort Traunried keine an und für sich bestehende Schulgemeinde ist, sondern zum Unterrichte die Kinder zur Schule in Siebnach überwiesen seien, in Folge dessen sie sohin zu dieser Schule und zwar nur zum dritten Theile zu concurriren habe, bei gegenwärtiger Waldvertheilung der Schule nicht mehr als ein Drittheil von derjenigen Quantität Grund und Boden, welche jeder einzelne Traunrieder Bürger erhalte, zu Theil werden soll.

Auf geschehene Vorlage der dießfallsigen Verhandlungen an die kgl. Regierung von Schwaben und Neuburg erließ jedoch diese unterm 13. Juli 1848 an das k. Landgericht Türkheim Entschließung dahin, daß der Genehmigung der Vertheilung der Gemeindewaldung in Traunried zur Zeit noch mehrfache in dieser Entschließung besonders aufgeführte Anstände entgegenstehen, worunter denn auch sub Nr. 4 angeführt war, daß der Schule ein gleicher Antheil, wie jedem Gemeindegliede, gesetzlich gebühre, wie dieß auch schon bei der früheren Vertheilung der Gemeindegründe durch Regierungsentschließung vom 13. August 1845 ausgesprochen worden, und daß sohin dem dießfallsigen dieser Bestimmung nicht entsprechenden Beschlusse vom 22. März 1848 die Genehmigung versagt werden müsse.

Hierauf faßten die zwölf Bauern und Söldner von Traunried den Entschluß, den Rechtsweg zu betreten, und der k. Advocat Fürst reichte sofort Namens des Johann Jünger und seiner 11 Consorten von Traunried am 12. November 1849 gegen die Schule und resp. Schulgemeinde zu Siebnach (wie es im Rubrum dieser Klageschrift heißt) schriftliche Klage wegen Anerkennung des Sondereigenthums beim k. Landgerichte Türkheim als Justizbehörde ein.

In dieser Klage ist behauptet, daß die oben erwähnte Waldung, das Gemeindeholz genannt, kein Gemeindegut sei, sondern ein Privateigenthum der Kläger, indem diese und ihre Rechtsvorgänger solche seit unvordenklichen Zeiten besessen und benützt, die Erträgnisse unter sich vertheilt, ohne

je hievon etwas in die Gemeinderechnung zu bringen, dagegen auch die Kosten des Waldaufsehers aus ihrem Säckel bezahlt hätten, sowie denn auch die auf fraglicher Waldung haftenden Steuern und sonstigen Abgaben nicht aus der Gemeindekasse, sondern von den Klägern und ihren Rechtsvorgängern entrichtet worden seien. Da nun, heißt es in der Klage weiter, bei Vertheilung dieser den Klägern ausschließend angehörigen Waldung auch die Schule zu Siebnach auf den Grund des §. 24 des revidirten Gemeindeedicts einen Antheil an dieser Waldung in Anspruch nehme, und genannte Schule und resp. Schulgemeinde sich weigere, das ausschließende Eigenthum der Kläger an fraglicher Waldung anzuerkennen, und durch diese Weigerung die Kläger an Vertheilung ihres Eigenthums hindere, so seien diese veranlaßt, im Wege gerichtlicher Klage die Anerkennung ihres ausschließenden Eigenthums an fraglicher Waldung zu erwirken.

Das Petitum dieser Klage geht dahin, nach verhandelter Sache zu erkennen:

> „daß die fragliche Waldung ausschließendes Eigenthum der Kläger sei, und daß die Schule und resp. Schulgemeinde Siebnach solches anzuerkennen, und die Kosten des Rechtsstreites zu tragen habe."

Das k. Landgericht hat in seiner Eigenschaft als Gericht diese Klage zur Verhandlung ausgesetzt, worauf aber und zwar noch ehe ein Erkenntniß in fraglicher Sache erlassen worden ist, an genanntes Gericht eine Entschließung der k. Regierung von Schwaben und Neuburg dd. 19. Febr. 1852 gelangte, in welcher diese erklärte, daß, da durch erwähnten Rechtsstreit ein reiner Verwaltungsgegenstand in das Gebiet der Justiz gezogen würde, sie hiemit nach Maßgabe des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 einen bejahenden Competenz-Conflikt anzuregen sich veranlaßt finde.

In Folge vorerwähnter Anregung wurde sodann nach

Vorschrift des besagten Gesetzes, bezüglich des Competenz-Conflikts gehörige Instruktion gepflogen. Hiebei hat die k. Regierung von Schwaben und Neuburg, Kammer des Innern, eine Denkschrift dd. 11. März 1852 eingereicht, in welcher mit Hinweisung auf die oben angeführten Vorgänge und mit Bezugnahme auf §. 25 des revidirten Gemeindeedictes auszuführen gesucht wird, daß es sich von einem Uebergriff der Justizbehörden in dem in oben allegirter Regierungsentschließung vom 13. Juli 1848 Ziffer 4 enthaltenen competenzmäßig erlassenen Ausspruch handle, und in der vorliegenden Sache eine Zuständigkeit der Gerichte nicht begründet sei.

Auch die Kläger reichten eine Denkschrift dd. 23. März 1852 ein, worin sie darzuthun bemüht sind, daß ihre Klage die Entscheidung einer civilrechtlichen Frage beziele, und sonach die Gerichte hierüber zu verhandeln und zu entscheiden competent seien.

Nachdem nun diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath Schwertfelner Vortrag, worauf, da von den Betheiligten Niemand erschienen ist, der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm, und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, der oberste Gerichtshof wolle zu Recht erkennen:

> „daß zur Verhandlung und Entscheidung der von Johann Jünger von Traunried und Genossen gegen die Schulgemeinde Siebnach unterm 1. November 1849 eingereichten Klage auf Anerkennung eines Sondereigenthums die Gerichte zuständig seien."

Diesem Antrage mußte auch aus nachstehenden Erwägungen stattgegeben werden.

Die Bestimmungen des §. 25 des revidirten Edictes über Verfassung und Verwaltung der Gemeinden, worauf sich die k. Regierung von Schwaben und Neuburg zur Be-

gründung ihres Competenzanspruches in vorliegender Sache beruft, sind an die Voraussetzung geknüpft, daß es sich von Gemeindegründen, von Gründen, die erst durch die Theilung in das Privateigenthum übergehen sollen, handelt. Ob diese Voraussetzung bezüglich der hier in Frage stehenden Waldung vorhanden ist, steht aber zur Zeit nicht fest, es wird von den Bauern und Söldnern von Traunried widersprochen, daß der fragliche Wald ein Gemeindegrund sei, und deren Klage vom 1. praes. 12. November 1849 fußt sich auf die Behauptung, daß fragliche Waldung ihr Privateigenthum sei, und bezielt die Anerkennung, daß besagte Waldung ihr Sondergut, ihr (der Kläger) Privateigenthum sei.

Die erhobene Klage hat hienach unverkennbar ein Privat-Rechtsverhältniß zum Gegenstande, und daß die Verhandlung und Entscheidung streitiger Privatrechtsverhältnisse nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Gerichten zustehe, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Ohne Einfluß ist hiebei der Umstand, daß die k. Regierung von Schwaben und Neuburg in ihrer Entschließung vom 13. Juli 1848 nach §. 25 des revidirten Gemeinde-Edicts bereits sich darüber ausgesprochen hat, welche Normen bei Vertheilung des fraglichen Waldes einzuhalten seien, denn von einem Uebergriff der Justizbehörden in den in vorerwähnter Entschließung enthaltenen Anordnungen kann aus dem Grunde keine Sprache seyn, weil die Wirksamkeit dieses Ausspruches durch die Voraussetzung bedingt ist, daß es sich von einem Gemeindegut handle, der Nachweis des Gegentheils aber den Betheiligten nicht entzogen werden kann, und zu diesem Ende die Betretung des Rechtsweges allerdings als zuläßig erscheint, wie dieß dieselbe Regierung auch in einer in Döllingers Vorordnungssammlung Bd. 14, S. 136 abgedruckten Entschließung vom 13. Mai 1830 selbst anerkannt hat.

Wenn übrigens die k. Regierung von Schwaben und Neuburg in ihrer Denkschrift vom 11. Mai 1852 besonders

hervorhebt, daß der unverkennbarste Beweis dafür, daß fragliche Waldung ein Gemeindegut sei, durch oftmalige Anerkennung der als Kläger auftretenden Bauern und Söldner von Traunried bereits vorliege, daß es diesen Klägern auch an der zur Klagestellung erforderlichen Legitimation ermangle, so kömmt hiegegen zu bemerken, daß diese Thatumstände, sowie der weiters angeregte Umstand, ob der Anspruch gegen den rechten Beklagten angebracht, und derselbe sonst gehörig fundirt sei, wohl von den für die Sache selbst zuständigen Behörden gewürdigt werden mögen, auf die gegenwärtig zu entscheidende Frage der Zuständigkeit aber keinen Einfluß üben könne, und demnach auch vor dem gemäß Artikel 1 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 behufs der Entscheidung von Competenz-Conflikten, constituirten oberstrichterlichen Senate eine Berücksichtigung nicht finden könne.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 18. Jänner 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident; v. Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Ober-Appellationsgerichtsrath; von Friederich, Ministerialrath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; v. Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappellations-Gerichtsrath; Dr. Lotz, II. Staatsanwalt; Paulus, Ober-Appellationsgerichtssekretär

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

# XXXIV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 18. Jänner 1853 in Sachen des Magistrats der Stadt Hersbruck gegen den Posthalter Johann Schmid zu Hersbruck, die Offenhaltung eines Weges, hier einen negativen Competenz-Conflikt betr.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 8, S. 126—138.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Magistrats der Stadt Hersbruck gegen den Posthalter Johann Schmid zu Hersbruck, die Offenhaltung eines Weges, hier einen negativen Competenz-Conflikt betreffend, zu Recht:

„daß über die Klage des Magistrats der Stadt Hersbruck, vom 17. praes. 20. Juni 1851 zu entscheiden, die Gerichte zuständig seien."

### Gründe:

Zwischen dem an der Amberger Straße zu Hersbruck befindlichen, zum Anwesen Nr. 264 des dortigen Posthalters Johann Schmid gehörigen Stadl und dem ehemals dem dortigen Sailermeister und Branntweinbrenner Philipp Arnold gehörigen Hause Nr. 265 befindet sich eine von besagter Straße gegen die Pegnitz zu laufende schmale Grundfläche.

Bezüglich dieser Grundfläche war am 28. Juli 1843 durch eine Commission des Stadtmagistrats Hersbruck ein Augenschein vorgenommen worden, weil, wie es in dem betreffenden magistratischen Protokolle heißt, bei Zumessung einer dießfallsigen Gemeindefläche an den Posthalter Johann Schmid ein Irrthum unterlaufen sei; es hatten sich hiezu die beiden schon erwähnten Anwesensbesitzer Schmid und Arnold eingefunden, und in dem von ihnen unterzeichneten schon vor allegirten magistratischen Protokolle heißt es wörtlich:

„Man traf die Vereinigung, daß die Fläche, um welche es sich hier handelt, zum größeren Theile und zwar auf der vordern Seite dem Schmid, zum kleinern Theile auf der hintern Seite dem Arnold zugemessen werden soll, wogegen sich jedoch von selbst versteht, daß der Gang am Schmid'schen Stadl vorbei und zwischen solchem und dem Arnold'schen Hause auf die Landstraße beim Kirchhofe auch für die Zukunft, sowie bisher seit unfürdenklicher Zeit von dem Gesammtpublikum dahier, namentlich der Wache, ausgeübt werden kann und darf, durch diese Abmessung also in keinerlei Weise diese Berechtigung geschmälert werden darf. Dieß wird hiemit von beiden Betheiligten (Schmid und Arnold) anerkannt."

Laut gerichtlichem Vertrage vom 16. Mai 1850 hat Posthalter Schmid auch das ehemals dem Arnold gehörig gewesene Anwesen Nr. 265 sammt dazu gehörigem Hofraume und Garten käuflich erworben und Schmid will nun Niemanden mehr den Durchgang auf oben bezeichneter Grundfläche gestatten, sondern hat den besagten ehehin bestandenen Weg verschlossen.

Schon am 22. August 1850 kam hierüber dem Stadt-Magistrate Anzeige zu, worauf Posthalter Schmid sofort am 26. August 1850 daselbst zu Protokoll vernommen, die Erklärung abgab, daß er zwar am 28. Juli 1853 zu Protokoll anerkannt habe, daß der Gang zwischen dem Arnold'schen Hause und seinem Stadel stets offen zu bleiben habe, daß aber dieß von ihm lediglich deßhalb geschehen sei, damit er als Anstößer nicht gehindert gewesen in der Benützung des Ganges, jetzt aber, wo er auch Besitzer des Arnold'schen Anwesens geworden, gedenke er den Hof zu schließen, und halte sich auch hiezu berechtiget, da Niemand ein Recht auf diesen Gang habe.

Hierauf erschienen am 30. August 1850 fünf Orts-

Einwohner von Hersbruck beim dortigen Stadtmagistrate und stellten zu Protokoll den Antrag, daß der Magistrat darauf bestehen, und fest darauf halten wolle, daß der Weg zwischen den Posthalter Schmid'schen Gebäuden, wie bisher, offen erhalten werde, da sie denselben von jeher benützt haben, und noch ferner zu benützen Willens sind. Der Magistrat der Stadt Hersbruck faßte darauf unterm 10. September 1850 Beschluß dahin, daß, da aus der Verhandlung vom 28. Juli 1843 hervorgehe, daß der in Rede stehende Gang zwischen dem Gebäude des Posthalters Schmid und jenem, welches Philipp Arnold früher besaß, dem Gesammtpublikum zur Benützung zustehe, wie Posthalter Schmid selbst in der angezogenen Verhandlung anerkannt habe, auf der Offenhaltung des fraglichen Ganges bestanden werden müsse, und dem Schmid aufgetragen werde, sich hiernach zu achten.

Gegen diesen magistratischen Beschluß legte Posthalter Schmid Rekurs an die k. Regierung von Mittelfranken ein, und diese sprach sofort laut Entschließung vom 30. November 1850 aus:

> „daß der angefochtene Beschluß wegen mangelnder Zuständigkeit als null und nichtig aufzuheben sei, indem es sich im vorliegenden Falle lediglich um die Frage handle, ob die bezüglich des Grund-Eigenthums des Beschwerdeführers Schmid geltend gemachten Servitutsansprüche begründet seien, oder nicht, die Entscheidung derselben aber nicht der Polizeibehörde, sondern dem Civilrichter zukomme.

Der Magistrat der Stadt Hersbruck beschloß hienach gegen den Posthalter Johann Schmid den Rechtsweg zu betreten, und reichte, nachdem ihm von der betreffenden Curatelbehörde am 6. Juni 1851 der Consens ertheilt worden war, gegen den Posthalter Schmid wegen Offenhaltung eines Ganges resp. wegen Wegservitut auf dem Civilrechtswege

klagend aufzutreten, als Vertreter der Stadtgemeinde Hersbruck gegen denselben am 20. Juni 1851 wegen Offenhaltung eines Weges beim k. Landgerichte Hersbruck eine schriftliche Klage ein.

In dieser Klage ist unter Anführung der schon oben erwähnten Vorgänge und mit dem Bemerken, daß dem Inhalte der Regierungsentschließung vom 30. November 1850 zufolge für den Magistrat nichts als die Betretung des Rechtsweges erübrige, behauptet, der fragliche Weg sei seit unvordenklicher und jedenfalls seit mehr als rechtsverjährter Zeit dem dortigen Gesammtpublikum zwar nicht zum Fahren und Reiten, wohl aber zum Durchgehen offen gestanden, und sei daher unzweifelhaft ein öffentlicher Weg (iter publicum). Wenn demnach auch unzugestandermaßen der Beklagte Eigenthümer von Grund und Boden wäre, so würde dieß an der Sache nichts ändern, vielmehr würde gleichwohl schon die stadtkundige und leicht nachzuweisende Thatsache, daß der Weg seit Menschengedenken nach Belieben benützt und begangen wird, demselben die Eigenschaft eines öffentlichen Weges verleihen. Sei aber hiernach der fragliche Weg ein öffentlicher, so folge daraus von selbst, daß nichts geschehen dürfe, wodurch die Passage gesperrt, erschwert oder geschmälert werde. Dieß habe Beklagter nach Inhalt des magistratischen Protokolls vom 28. Juli 1843 auch selbst anerkannt, und wenn er nun gleichwohl sich erlaubte, denselben verschließbar zu machen und ihn wirklich zu verschließen, so könne der klagende Magistrat, der vermöge seiner Bestimmung im Interesse des dortigen Publikums für die Aufrechthaltung der öffentlichen Wege zu sorgen hat, mit vollem Rechte verlangen, daß Beklagter den fraglichen Weg unversperrt und offen belasse, und

das Publikum nicht hindere, sich des öffentlichen Weges zu bedienen."

Das Petitum dieser Klage geht dahin, nach verhandelter Sache zu erkennen:

1) daß der fragliche Weg ein öffentlicher Weg und demgemäß
2) Beklagter verbunden sei, denselben unversperrt und für die freie Passage offen zu erhalten, und
3) sämmtliche auf diesen Streit erlaufenden Kosten zu tragen.

Das k. Landgericht Hersbruck hat diese Klage zur Verhandlung ausgesetzt, und nach vollständig gepflogener Verhandlung, wobei Beklagter zunächst die Einrede des Mangels civilrechtlicher Competenz vorgeschützt und auf den Grund dieser Einrede die Einlassung verweigert, eventuell aber den Streit negative befestiget hatte, unterm 29. September 1851 Erkenntniß dahin erlassen, daß es den Beklagten unter Verwerfung der Einrede des Mangels civilrechtlicher Competenz zur Einlassung auf die Klage verurtheilte, und die eventuell erfolgte Einlassung als pure geschehen erklärte, in der Hauptsache aber dem Kläger Beweis darüber auferlegte, entweder

a) daß derjenige freie Raum, welcher zwischen dem Stadel des Beklagten und dem ehemals Arnold'schen Anwesen hinzieht, seit unvordenklicher Zeit oder mindestens seit 30 Jahren vom Jahre 1850 zurückgerechnet, als Gehweg benützt worden sei, oder daß
b) der Beklagte die Befugniß des Gesammtpublikums der Stadt Hersbruck, diesen freien Raum als Gehweg zu benützen, in rechtsverbindlicher Weise anerkannt habe.

Gegen diesen Ausspruch wendete der Beklagte das Rechtsmittel der Berufung an das k. Appellationsgericht von Mittelfranken ein, worin er zunächst darüber Beschwerde führte, daß seine Einrede des Mangels civilrechtlicher Competenz verworfen worden sei, und dieser Gerichtshof sprach sofort mittels Erkenntnisses vom 1. Dezember 1851 aus:

„Beklagter habe sich wegen mangelnder Zuständigkeit der Gerichte auf die Klage vom 17. praes. 20. Juni 1851 nicht einzulassen," —

wobei in den Gründen hiezu angeführt ist, daß, da die Klage sich blos auf die Behauptung stütze, daß der fragliche Weg ein öffentlicher Weg sei, woran dann die Bitte geknüpft werde, richterlich den Weg als einen öffentlichen und den Beklagten für verbunden zu erklären, denselben offen und die Passage frei zu lassen, in der Replik noch ausdrücklich erklärt wurde, daß nicht auf den Grund einer Servitut die Offenhaltung des fraglichen Weges beansprucht werde; die Untersuchung und Entscheidung über besagte Frage aber nicht den Civilgerichten, sondern den Verwaltungsbehörden zustehe 2c. 2c. die Einlassungsverweigerung des Beklagten sich als begründet darstelle.

Der bevollmächtigte Anwalt des Magistrates der Stadt Hersbruck reichte hierauf am 20. Dezember 1851 eine Vorstellung ein, worin er unter Bezugnahme auf §. 10 u. 11 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vorbringt, daß er sich, nachdem sowohl die k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, als Verwaltungsstelle, durch Entschließung vom 30. November 1850, als auch das k. Appellationsgericht von Mittelfranken als Justizstelle durch Erkenntniß vom 1. Dezember 1851 die Zuständigkeit in Ansehung des nämlichen Gegenstandes abgelehnt haben, veranlaßt finde, den hier vorwaltenden negativen Competenz-Conflikt anzuregen und zu bitten, daß der oberste Gerichtshof über die Frage der Zuständigkeit entscheiden möge.

Es wurde sonach bezüglich des angeregten Competenz-Conflikts die vorschriftsmäßige Instruktion gepflogen und hiebei von dem Anwalte des Posthalters Johann Schmid eine Denkschrift, datirt vom 9. Februar 1852, eingereicht, worin das Vorhandenseyn eines negativen Competenz-Conflikts bestritten, und der Antrag gestellt ist, das vorerwähnte

Gesuch des Magistrats der Stadt Hersbruck als unbegründet zurückzuweisen.

Nachdem diese Sache in gestriger öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, worauf, da von Seite des Magistrats Hersbruck Niemand erschienen ist, der Namens des Posthalters Johann Schmid erschienene Advokat Dr. Steub das Wort erhielt, welcher nach näherer Erörterung der Sache den in oben erwähnter Schmid'schen Denkschrift gestellten Antrag wiederholte.

Hierauf nahm der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort und stellte nach umständlicher Beleuchtung der Sache den Antrag, der oberste Gerichtshof wolle erkennen, daß zur Entscheidung der Frage, ob der zwischen dem Anwesen des Posthalters Schmid und dem vormals Arnold'schen Anwesen früher bestandene, im Jahre 1850 gesperrte Weg ein öffentlicher Gehweg sei, die Gerichts-Behörden zuständig seien.

Bei hierauf erfolgter Prüfung hat sich zunächst ergeben, daß wirklich ein negativer Competenz-Conflikt im Sinne des Artikel 10 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 gegeben sei, indem wegen desselben Anspruches, welcher in der Klage vom 17. praes. 20. Juni 1851 gegen Posthalter Schmid erhoben ist, und bezüglich dessen das k. Appellationsgericht von Mittelfranken in dem unterm 1. Dezember 1851 erlassenen Erkenntnisse die Gerichte für unzuständig erklärt hat, auch bereits die k. Regierung von Mittelfranken in ihrer Entschließung vom 30. November 1850 die Administrativbehörden für unzuständig erklärt hat, somit in Ansehung des nämlichen Gegenstandes von den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden bereits die Zuständigkeit abgelehnt worden ist, und demnach dem vom Posthalter Schmid gestellten oben angeführten Antrage nicht stattgegeben werden könne.

Es hat sich bei dieser Prüfung ferner auch ergeben, daß der in vorerwähnter Klage vom Stadtmagistrate Hersbruck gegen den dortigen Posthalter Johann Schmid erhobene Anspruch ein solcher ist, über welchen die Entscheidung den Gerichten zusteht. Der Stadtmagistrat tritt in besagter Klage als Vertreter der dortigen Stadtgemeinde, der dortigen Ortsbewohner auf, und verlangt, daß der beklagte Posthalter Schmid einen bisher bestandenen, nicht auf einem dem Staate oder der Stadtgemeinde Hersbruck angehörigen, sondern im Privateigenthume befindlichen Grund und Boden bestandenen Gehweg, den er einen öffentlichen Weg nennt, für das dortige Publikum offen halte, da dieser Weg demselben seit unvordenklicher und jedenfalls seit rechtsverjährter Zeit zum Durchgehen offen gestanden, und Beklagter auch die Verbindlichkeit hiezu laut eines beim Stadtmagistrate Hersbruck am 28. Juli 1843 aufgenommenen Protokolles selbst anerkannt habe. Nach diesen Klagsmomenten und da es bei Beurtheilung eines Klagsanspruches nicht darauf ankommt, wie die Klage benannt wurde, cod. jud. cap. 4, §. 8, sondern das Klagsvorbringen im Zusammenhalte mit dem Petitum maßgebend ist, kann, zumal auch von Rücksichten auf commercielle allgemeine Verhältnisse oder das allgemeine Wohl nirgends in der Klage Erwähnung gemacht ist, nichts anders angenommen werden, als daß es sich lediglich von einer auf Verjährung und Anerkenntniß sich gründenden Weggerechtsame der Ortsbewohner von Hersbruck und sohin von einem Verhältnisse handelt, dessen Beurtheilung dem Civilrichter zukömmt.

In wie ferne übrigens die Klage an sich oder im Hinblicke auf die im Verlaufe der Verhandlungen von den Streitstheilen gegebenen Erklärungen als begründet erachtet werden könne, ist hierorts bei Entscheidung des Competenzpunktes nicht zu prüfen, und muß der Würdigung der Gerichte überlassen bleiben.

Demnach mußte, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 18. Januar 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident; v. Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath; v. Friederich, Ministerial-Rath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; von Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath; Dr. v. Kiliani, Generalstaatsanwalt; Paulus, Oberappellationsgerichtssekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXXV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 18. Jänner 1853 in Betreff des Competenz-Conflikts zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer der Finanzen, und dem k. Kreis- u. Stadtgerichte Nürnberg wegen tax- u. stempelfreier Behandlung der Verlassenschaftssachen des Schuhmachergesellen Sebastian Schneider zu Nürnberg u. des Kettenschmiedes Michael Zeuch daselbst.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 8, S. 138—146.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff des Competenz-Conflikts zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer der Finanzen und dem k. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg wegen tax- und stempelfreier Behandlung der Verlassenschaftssachen des Schuhmachergesellen Sebastian Schneider zu Nürnberg und des Kettenschmiedes Michael Zeuch daselbst zu Recht:

„daß zur Entscheidung über die Tax- u. Stempel-Pflichtigkeit der beiden bezeichneten Verlassenschafts-Sachen die Finanzbehörden zuständig seien."

## Gründe:

In der Nachlaßsache des im Krankenhause zu Nürnberg am 26. November 1851 verstorbenen ledigen Schuhmachergesellen Sebastian Schneider, welcher für sein geringes Vermögen von 146 fl. 31 kr. 3 dl. seinen noch minderjährigen unter Curatel stehenden Bruder Friedrich Carl als einzigen Erben hinterließ, wurde vom k. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg durch Beschluß vom 23. Jänner 1852, Ziff. IV. ausgesprochen:

„daß, da lediglich im Interesse der Armencuratel über Friedrich Carl Schneider die gerichtliche Inventur angeordnet worden, und dieser Curand der einzige Erbe des unbedeutenden Vermögens sei, von Nachholung der in suspenso verbliebenen Taxen Umgang zu nehmen sei."

In gleicher Weise wurde in der Verlassenschaftssache des am 15. November 1851 zu Nürnberg verstorbenen Kettenschmiedes Michael Zeuch, welche auf Ansuchen dessen Wittwe Anna Maria taxfrei behandelt wurde, und nachmals wegen evidenter Ueberschuldung gemäß Gerichtsbeschlußes v. 20. Jänner 1852 in ein Debitwesen überging, gemäß Decret vom 30. ejusd. sub lit. e das Princip ausgesprochen:

„daß es nicht angehe, Verhandlungen, welche im Armenrechte gepflogen werden mußten, nachher der Taxe zu unterwerfen, weil nunmehr Gläubiger mit Verlust sich in den überschuldeten Nachlaß zu theilen hätten."

Die k. Kreisregierung von Mittelfranken, Kammer der Finanzen, durch das Taxamt des k. Kreis- und Stadtgerichts Nürnberg von diesen gerichtlichen Beschlüssen in Kenntniß gesetzt, stellte nun in den beiden erwähnten Nach-

laßsachen durch ihr Fiscalat bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Nürnberg unterm 4. praes. 9. März 1852 den Antrag:

„von den gravirlichen Beschlüssen abzugehen und die weitere Entscheidung über die Tax- und Stempelpflichtigkeit der rubricirten Nachlaßsachen der k. Finanzkammer von Mittelfranken zu überlassen. Für den Fall, daß diesem Antrage nicht stattgegeben würde, sollte hiedurch die Anregung eines Competenz-Confliktes gegeben seyn."

Gemäß Decret vom 12. März 1852 verharrte jedoch das k. Kreis- und Stadtgericht Nürnberg in beiden Sachen auf den früheren Beschlüssen, und leitete daher wegen des nun vorliegenden Competenz-Confliktes nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Mai 1850, Artikel 7, das erforderliche Verfahren ein.

Von Seite des Regierungsfiscalates kamen bezüglich beider Nachlaßsachen unterm 10. praes. 21. April 1852 gesonderte jedoch in ihrer Ausführung wörtlich gleichlautende Denkschriften ein, in welchen zur Entscheidung über die Tax- und Stempelpflichtigkeit der fraglichen Nachlaßsachen die Zuständigkeit der Administrativstellen in Anspruch genommen wird, während von dem k. Advokaten Korte zu Nürnberg als Offizial-Anwalt der Wittwe A. M. Zeuch, und von dem k. Advokaten Dr. von Krafft daselbst, als Offizial-Anwalt des minderjährigen Friedrich Carl Schneider sub praes. 3. und 4. Mai 1852 Denkschriften einliefen, in welchen beantragt wird, in beiden rubricirten Nachlaßsachen die Zuständigkeit des k. Kreis- und Stadtgerichts Nürnberg auszusprechen.

Nachdem nun die Sache in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart unter Vorlesung der erheblichen Aktenstücke Vortrag, worauf, da von Seite der Parteien, richtiger Ladung ungeachtet, ein Vertreter nicht erschienen ist, der Staatsanwalt des obersten Ge-

richtshofs das Wort erhielt, und nach umständlicher Erörterung des Sachverhältnisses den Antrag stellte, zu Recht zu erkennen:

„daß zur Entscheidung der Frage, ob die Verlassenschaftssache des Schuhmachergesellen Sebastian Schneider und des Kettenschmiedes Michael Zeuch, beide von Nürnberg, tax- und stempelfrei zu behandeln sei, die Finanzstellen zuständig seien."

Nach Prüfung der vorgebrachten Gründe mußte diesem Antrage entsprochen werden; denn

1) Nach Gerichts-Ordnung cap. III. §. 8 sind die Gerichte blos in streitigen Privatrechtssachen zur Bewilligung des Armenrechtes an unvermögliche Parteien zuständig; diese dem Prozeßgesetze angehörige Bestimmung kann offenbar schon nach der Bedeutung und dem Zwecke des Armenrechtes, welches nur an Parteien, d. i. nur an Personen, und zwar zu dem Ende ertheilt wird, damit dem Zahlungspflichtigen durch Entrichtung von Tax- und Stempelgebühren der nothwendige Lebensunterhalt nicht verkümmert werde — nicht auch auf Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit — insbesondere nicht auf Verlassenschafts-Massen ausgedehnt werden, da bei solchen eine Rücksicht der oben bezeichneten Art gar nicht eintreten kann.

2) Hätte den Justizbehörden eine Cognition bezüglich der Pflichtigkeit zur Entrichtung öffentlicher Abgaben eingeräumt werden wollen, so hätte dieses durch positive gesetzliche Bestimmungen geschehen müssen, was aber nicht der Fall ist; vielmehr hat die Gesetzgebung in dieser Beziehung jederzeit die Competenzbestimmung für die Administrativstellen festgehalten.

a) Schon die kgl. Verordnung vom 13. August 1806, Reggsbl. S. 301, spricht ganz allgemein den Grundsatz aus, daß „Streitigkeiten über Staatsabgaben" nicht vor die Gerichte gezogen werden dürfen, außer

wo es sich um Entschädigung für eine von dem Landesherrn auf onerose Art erworbene Exemption — also um einen rein privatlichen Anspruch — handelt.

b) auf gleiche Weise wurde dieser Grundsatz aufrecht erhalten in der provisorischen Taxordnung vom 8. Oktober 1810, wo in §. 124 die Beschwerden in Taxsachen über Verhandlungen der nicht contentiösen Gerichtsbarkeit den Verwaltungsstellen zugewiesen wurden; dann

c) in der höchsten Verordnung vom 9. Dezember 1825, die Formation und den Wirkungskreis der Ministerien betreffend, — §§. 88 und 90 — wonach die oberste Leitung über die Erhebung sämmtlicher für Staatszwecke bestehender directer und indirecter Abgaben und insbesondere bezüglich des gesammten Tax- und Stempelwesens der Zuständigkeit des königlichen Finanzministeriums angehört;

d) ebenso weiset die höchste Verordnung vom 17. Dezember 1825, den Geschäftskreis der obersten Verwaltungsstellen betreffend, im §. 89 den Kammern der Finanzen die Sorge für den richtigen Vollzug des Tax- und Stempelgesetzes zu. Daß aber diese administrative Zuständigkeit über das Tax- u. Stempelwesen auch die Entscheidung über die dabei vorkommenden Streitigkeiten umfasse, ist durch mehrfache höchste Entschließungen ausgesprochen, vom 27. Juli 1826, 14. September 1827, 2. Oktober 1829, 3. November 1830.

Döllingers Verordnungen-Sammlung Bd. XIX. S. 424 ff.

e) hiemit stimmt endlich auch die neueste Gesetzgebung überein. Bei der Discussion in der Kammer der Abgeordneten über Art. 46 des Gesetzentwurfes über das Taxregulativ für Verhandlungen der nichtstreitigen

Rechtspflege trat der k. Staatsminister der Justiz der Behauptung:

„daß nach der dermaligen Gesetzgebung und Praxis die Entscheidung über die Frage, ob eine Taxpflicht vorliege, den Gerichten zustehe"

auf das Entschiedenste entgegen.

CV. stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1852 Bd. IV. Seite 338.

In Folge dessen wurde die Bestimmung:

„daß die Streitigkeiten über Taxpflichtigkeit oder die Größe der zu erhebenden Taxen von den Finanzbehörden entschieden werden sollen,"

von beiden Kammern angenommen, und sofort in dem Gesetze vom 28. Mai 1852, Art. 45, sanctionirt.

Gesetzblatt 1852, Nr. 23, Seite 319.

Diesen Erwägungen gemäß mußte zur Entscheidung der Frage über die Tax- und Stempelpflichtigkeit der vorliegenden Verlassenschaftssachen die Zuständigkeit der Finanzbehörden für begründet erachtet werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 18. Jänner 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident; von Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath; v. Friederich, Ministerial-Rath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; von Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath; Dr. Lotz, II. Staatsanwalt; Paulus, Oberappellationsgerichtssekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## XXXVI.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 18. Jänner 1853, den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Friedberg als Justizbehörde in Sachen des Grafen Johann Nepomuck von Hundt auf Weikershofen gegen die Wirthswittwe Theres Mayer zu Roßbach und die Vormundschaft ihrer Kinder, Versteigerung ihrer Wirthschaftsgerechtigkeit betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 9, S. 155—168.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Friedberg als Justizbehörde in Sachen des Grafen Johann Nepomuck von Hundt auf Weikershofen gegen die Wirthswittwe Theres Mayer zu Roßbach und die Vormundschaft ihrer Kinder, Versteigerung ihrer Wirthschaftsgerechtigkeit betreffend, hiermit zu Recht:

„daß das k. Landgericht Friedberg als Justiz-Behörde nicht competent sei, über die Ausübung und die Veräußerung des am 31. August und 17. Oktober 1826 dem nun verstorbenen Joseph Mayer verliehenen Wirthschaftsrechts zu Roßbach Verfügung zu treffen."

### Gründe:

Durch die Beschlüsse des k. Landgerichts Friedberg vom 31. August und 17. Oktober 1826 wurde dem Joseph Mayer zu Roßbach auf sein Gesuch eine personelle Bierschenkconzession verliehen und sodann auf die Befugniß zum Halten von Hochzeiten und Tanzmusiken erweitert. Allein

schon am 30. August 1826 war bei der Anlegung des Hypothekenfoliums und Regulirung des Besitztitels des Joseph Mayer dessen Anwesen „sammt der realen Tafern-Wirthschaftsgerechtigkeit" ins Hypothekenbuch eingetragen worden. Nach dem Ableben des Joseph Mayer wurde sodann am 19. August 1850 das Anwesen auf Andringen eines Hypothekgläubigers zum öffentlichen Verkaufe ausgeschrieben und zwar nebst der realen Tafernwirthschafts-Gerechtsame. Da sich jedoch in der Versteigerungstagsfahrt kein Käufer eingefunden hatte, und inzwischen auch Graf Johann Nepomuck von Hundt als Hypothekgläubiger die zweitmalige Versteigerung des schuldnerischen Anwesens beantragt hatte, erfolgte am 4. Jänner 1851 die Ausschreibung dieser, wobei bezüglich der Bestandtheile und Zugehörungen des Anwesens auf die Ausschreibung vom 19. August 1850 verwiesen wurde.

Noch vor dem Versteigerungstermine legte nun aber die Wittwe Theres Mayer gegen den Verkauf der Wirthschaftsgerechtsame Protestation ein, weil dieselbe nicht real, sondern ihrem verstorbenen Ehemanne im Jahre 1826 nur in personeller Eigenschaft verliehen, sohin nach Art. 3 des Gew.-Ges. vom 11. September 1825 sie zum Fortbetrieb dieser Wirthschaft berechtigt sei.

Diese Protestation wurde jedoch durch landgerichtlichen Beschluß vom 10. Februar 1851 zurückgewiesen, weil zufolge Art. 4, Nr. 5 des Gew.-Ges. von 1825 Tafernen und die diesen gleich geachteten Gasthäuser überhaupt für radicirt erklärt seien.

Gegen diesen Beschluß ergriff die Wittwe Mayer Berufung zum k. Appellationsgericht, und erhob zugleich Beschwerde bei der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern.

Unter dem 11. praes. 24. April 1851 erfolgte hierauf eine Entschließung der k. Regierung, durch welche der landgrichtliche Beschluß vom 10. Februar 1851 als Eingriff in

die administrative Zuständigkeit bestritten, und der Competenz-Conflikt angeregt wurde.

Demungeachtet instruirte das Landgericht die Berufung zum Appellationsgerichte, und brachte diesem die Akten in Vorlage. Durch appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 13. April 1852 wurde jedoch diese Berufung als desert abgewiesen, worauf, nachdem die k. Regierung dieses dem Artikel 6 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, widerstreitende Verfahren des Landgerichts gerügt, und die Entscheidung des Competenz-Conflikts verlangt hatte, dieser nach Maßgabe des Gesetzes v. 28. Mai 1850, Art. 7 instruirt, und von dem k. Advokaten Lindemann, Namens des Grafen Joh. Nepomuck von Hundt eine Denkschrift eingereicht wurde, während die k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, ihre Entschließung vom 11. praes. 24. April 1851 bereits auch als Denkschrift geltend gemacht hatte.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 17. Jänner 1853 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte k. Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf der in Folge ergangener Ladung an die Parteien Namens der Wittwe Theres Mayer erschienene k. Advokat Dr. Buchner das Wort erhielt, und unter umständlicher Motivirung den Antrag stellte auf das Erkenntniß, daß

1) sämmtliche nach dem Eintreffen der den bejahenden Competenz-Conflikt anregenden Entschließung der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, vom 11. April 1851 erfolgten gerichtlichen Erlasse mit Einschluß des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 13. April 1852 als null und nichtig außer Wirksamkeit zu setzen und die eingehobenen Taxen und Stempel-Gebühren an diejenigen, welche sie bezahlt haben, wieder zurückzuvergüten seien,

2) in Betreff des Competenz-Conflikes selbst, daß

a) zur Entscheidung der Frage, ob und in wie ferne die Tafernwirthswittwe Mayer zum Fortbetriebe und zur Ausübung des Wirthschaftsrechtes, welches ihr Ehemann betrieben hatte, jetzt und nach dem allenfallsigen gerichtlichen Verkaufe des Anwesens befugt sei, die Gewerbspolizeibehörden competent seien,

b) zur Entscheidung der weiteren Frage, ob und in wie ferne dieses Wirthschaftsrecht gerichtlich veräußert werden könne, die Gewerbspolizeibehörden zwar ebenfalls, aber nur auf so lange competent seien, bis die reale Eigenschaft dieses Wirthschaftsrechts, sei es im contradictorischen Verfahren, oder auf dem Wege gerichtlicher Constatirung rechtskräftig festgestellt ist, dagegen

c) zur Entscheidung der Frage, ob nach rechtskräftiger Feststellung der realen Eigenschaft das fragliche Wirthschaftsrecht im Zwangsverfahren zu veräußern sei oder nicht, die Gerichte zuständig seien.

Hierauf erhielt der k. Staatsanwalt das Wort und stellte nach Erörterung des Sachverhältnisses und indem er sich dem obigen Petitum des k. Advokaten Dr. Buchner sub Nr. 1 anschloß, den Antrag, es wolle erkannt werden:

„daß den Gerichten nicht zustehe, über Veräußerung der dem Joseph Mayer als persönlich verliehenen Wirthschaftsgerechtsame eine Verfügung zu treffen.“

In der Erwägung nun, daß dem in der Denkschrift des k. Advokaten Lindemann gestellten Antrag auf Anwendung des Art. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, nicht stattzugeben sei, indem die gerichtlichen Ausschreibungen vom 19. August 1850 und 4. Juli 1851 keine über die Eigenschaft des fraglichen Wirthschaftsrechtes ergangenen Erkenntnisse sind, das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 13. April 1852 aber keine Berücksichtigung finden kann, weil in Folge der den Com-

petenz-Conflikt anregenden Entschließung der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, vom 11. praes. 24. April 1851 gemäß Art. 6 des schon angeführten Gesetzes das Verfahren in der Hauptsache bei Vermeidung der Nichtigkeit einzustellen war, mußte so, wie geschehen, erkannt werden.

Denn

1) aus den Akten des k. Landgerichts Friedberg, betreffend das Gesuch des Joseph Mayer von Roßbach um eine Bierschenkconzession vom Jahre 1826, geht hervor, daß derselbe am 30. August 1826 bei dem k. Landgerichte als Gewerbspolizeibehörde vorgestellt hatte: sein verstorbener Vater habe eine personelle Bierschenkgerechtsame ausgeübt. Nun habe er das Anwesen übernommen und bitte daher, auch ihn als Bierwirth zu conzessioniren.

Nachdem diesem Gesuche durch den Beschluß vom 31. August 1826 deferirt war, bat Joseph Mayer am 9. Oktober 1826 auch um eine Conzession zum Abhalten von Tanzmusiken und Hochzeiten, und durch den Beschluß vom 17. Oktober 1826 wurde auch dieser Bitte entsprochen. Die Motive dieser Beschlüsse bestanden lediglich in der Erwägung, daß die Bierschenk-Gerechtsame des Vaters des Bittstellers als blos personelle durch den Tod desselben erloschen, daß eine andere in Roßbach nicht vorhanden, Sittenbach aber eine halbe Stunde weit entfernt sei.

Es ist sonach aktenmäßig, daß das Wirthschaftsrecht des Joseph Mayer lediglich auf einer personellen Conzession beruhte.

Zwar beruft sich Advokat Lindemann in der Denkschrift auf den Umstand, daß

2) bei der Anlegung des Hypothekenfoliums für das von Joseph Mayer am 30. August 1826 übernommene väterliche Anwesen und Regulirung des Besitztitels das Anwesen „sammt der realen Taferuwirthschaftsgerecht-

same" sub eodem ins Hypothekenbuch eingetragen wurde.

Allein hiedurch konnte das in personeller Eigenschaft nur ausgeübte und dann am 31. August und 9. Oktober 1826 auch nur so dem Joseph Mayer verliehene Wirthschaftsrecht nicht in ein reales Tafernrecht verwandelt werden. Denn eine Sache oder ein Realrecht, welche nicht existiren, werden dadurch, daß sie in das Hypothekenbuch eingeschrieben wurden, nicht zur Existenz gebracht. Ein solcher Eintrag im Hypothekenbuche ist ein referens sine relato, und steht vorliegend sogar mit aktenmäßigen Thatsachen im Widerspruch.

Auch durch den Grundsatz und die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches kann dem fraglichen Eintrag eine rechtliche Wirkung nicht verschafft werden; denn der §. 25 des Hypothekengesetzes ist nur beziehbar auf solche Rechte Dritter, deren Eintrag nach §. 22, Nr. 2, 5, 6, 7 von diesen selbst erwirkt werden muß, und welche, wenn ihre Eintragung unterblieb, gegen denjenigen nicht geltend gemacht werden können, welcher in gutem Glauben ohne Rücksicht auf dieselben nur nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen gehandelt und Rechte erworben hat. Nur in diesem Sinne ist in Vergleichung der §§. 4, 5, 6, 8 und 26 der Grundsatz der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches wirksam. Wurde aber eine nicht existirende Sache eingeschrieben, so ist der Eintrag ein unrichtiger, und wer dadurch in Nachtheile kommt, muß sich an denjenigen halten, welcher ohne genugsame Information den Eintrag gemacht, und den Irrthum verschuldet hat.

Der Eintrag im Hypothekenbuche kann also für die reale Eigenschaft des fraglichen Wirthschaftsrechtes nicht und um so weniger entscheiden, weil nach dem Gewerbs-Gesetze vom 11. September 1825, wie auch schon nach der Verordnung vom 1. Dezember 1804 keine

Obrigkeit befugt ist, Gewerbsrechte als reale zu verleihen, oder personelle in reale zu verwandeln.

3) Gemäß des Gewerbsgesetzes von 1825 Art. 10, Nr. 2 und 3 nun aber beschränkt sich die civilrichterliche Competenz in Gewerbssachen nur auf reale und auf radicirte Gewerbsrechte, während die Würdigung und Entscheidung aller bei Gewerbsconzessionen und den darauf beruhenden personellen Gewerbsrechten sich ergebenden Fragen der Competenz der Administrativbehörde anheimfällt. Da nun dem Erörterten zufolge das Wirthschaftsrecht des Joseph Mayer auf einer personellen Conzession beruhte, so ergibt sich, daß alle Beschlüsse, welche das k. Landgericht Friedberg als Justizbehörde in Ansehung desselben gefaßt hat, so die Ausschreibungen dieses Rechtes zur gerichtlichen Versteigerung, und die Zurückweisung der Protestation und des Anspruchs der Wittwe Mayer auf Fortführung der Wirthschaft, Eingriffe in die Competenz der Gewerbspolizeibehörden enthalten.

Ueber die Erlöschung der Conzession, oder deren Fortdauer zu Gunsten der Wittwe, oder Verleihung derselben an den Käufer des Anwesens zu entscheiden, steht lediglich den Administrativbehörden zu. Zwar

4) sucht der landgerichtliche Beschluß vom 10. Febr. 1851 selbst die civilrichterliche Competenz nicht mehr aus der realen Eigenschaft des fraglichen Rechtes, sondern aus Art. 4, Nr. 5 des Gesetzes von 1825 abzuleiten, weil daselbst die Tafernen und die diesen gleichgeachteten Gasthäuser für radizirt erklärt und zufolge Art. 4, Nr. 2 die radizirten Gewerbe den realen als Vermögensrechte gleichgestellt seien.

Allein diese Auslegung des Art. 4, Nr. 5 ist unrichtig und unstatthaft. Das Gewerbsgesetz von 1825 beruht nach Art. 3 und Art. 4, Nr. 2 auf dem Principe, daß Gewerbs-Rechte als reale oder als radizirte nicht mehr verliehen

werden, und nicht mehr entstehen können, wenn sie als solche nicht schon bei Publication des Gesetzes von 1825 bestanden haben. Der Art. 4, Nr. 5 aber hat hievon zu Gunsten der Tafernen und Gasthäuser keineswegs eine Ausnahme gemacht. Er bezweckte blos, die Ungewißheit zu heben, welche

vgl. Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. III. S. 211—217,

darüber bestand, ob nur die in Nr. 17 der Verordnung vom 1. Dezember 1804, die Handwerksbefugnisse betreffend, genannten Brauereien und Mühlen zu den radizirten, oder ob auch noch andere Gewerbe und insbesondere Tafernen und Gasthäuser zu diesen zu rechnen, sowie, ob die radizirten eben so wie die realen Gewerbe als Vermögensrechte zu betrachten seien. Nur diese Zweifel wurden durch Art. 4, Nr. 2 und Nr. 5 gehoben, keineswegs wurde aber dadurch bestimmt, daß alle Tafernen und Gasthäuser, welche auch erst künftig nach Erlassung des Gesetzes von 1825 conzessionirt würden, dennoch zu den radizirten Gewerben zählen.

Hiermit im Einklange wurden auch die Polizeibehörden durch die Vollzugsinstruction vom 28. Dezember 1825 angewiesen, die Kataster sowohl der realen als der radizirten Gewerbe nunmehr abzuschließen, und letzteren jene Tafernen und Gasthäuser einzuverleiben, welche eine ihrer Bestimmung entsprechende Einrichtung haben,

Döllinger's Sammlung der Verordnungen, Bd. 14, Thl. 3, Seite 1042,

und zufolge eines Ministerialrescriptes vom 28. Okt. 1843 hatten die Polizeibehörden die irrthümlichen Katastereinträge zu berichtigen, indem nämlich die Wahrnehmung gemacht worden war, daß mehrere derselben der Meinung gewesen seien, als wären alle, auch nach dem 11. September 1825 conzessionirten Tafernen und Gasthäuser dennoch radizirte Gewerbe.

Intell.-Blatt der Regierung von Oberbayern v. 1843, S. 1458.

Der Grund also, welchen der landgerichtliche Beschluß vom 10. Februar 1851 für die civilrichterliche Competenz geltend zu machen sucht, ist ebenfalls nicht haltbar. Würde aber die Anwendbarkeit des Art. 4, Nr. 5 des Gesetzes von 1825 vorliegend deßwegen in Frage gebracht, weil aus dem Protokolle vom 30. August 1826 hervorgeht, daß schon der Vater des Joseph Mayer eine personelle Bierschenkgerechtsame hatte, welcher sohin, wenn sie zur Zeit der Publication des Gesetzes von 1825 ausgeübt wurde die Bestimmung des Art. 4, Nr. 5 zu gut kommen konnte, so wäre doch der Civilrichter wieder nicht competent, dieses auszusprechen. Denn die Frage, ob bei einer Wirthschaft die Voraussetzung nach Art. 4, Nr. 5 im Jahre 1825 vorhanden waren, um als radizirtes Gewerb erklärt werden zu können, wurde nirgends der civilrichterlichen Würdigung, sondern durch die schon angeführte Vollzugsinstruction vom 28. Dez. 1825 sub Nr. 2 ausdrücklich den Polizeibehörden zur Würdigung überwiesen.

Auf den von dem k. Advokaten Dr. Buchner oben sub Nr. 1 gestellten Antrag endlich war nicht einzugehen, weil der Wirkungskreis des zur Entscheidung der Competenz-Conflikte berufenen Senates sich auf das im Art. 9 erwähnte Erkenntniß über den Kostenpunkt eben so wenig, als auf die Cassirung des nach Art. 6 unternommenen nichtigen Verfahrens erstreckt.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 18. Januar 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident; v. Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Ober-Appellationsgerichtsrath; von Friederich, Ministerialrath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; v. Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappellationsgerichtsrath; Dr. Lotz, II. Staatsanwalt; Paulus, Ober-Appellationsgerichtssecretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## XXXVII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 18. Jänner 1853 den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Gerolzhofen in Sachen des Michael Düll von Brünstadt und Georg Klopf von Unterspiesheim wegen Ungehorsams in Erfüllung der Militärpflicht, nun die Ansprüche auf deren eingezogenes Vermögen betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 9, S. 169—176.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff des Competenz-Conflikts zwischen der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Gerolzhofen in Sachen des Michael Düll von Brünstadt und Georg Klopf von Unterspiesheim wegen Ungehorsams in Erfüllung der Militärpflicht, nun die Ansprüche auf deren eingezogenes Vermögen betreffend, zu Recht:

„daß der angeregte Competenz-Conflikt als unzulässig abzuweisen sei."

### Gründe:

Das vormalige fürstlich Thurn- und Taxis'sche Herrschaftsgericht Sulzheim hat als Gerichtsbehörde am 2. Mai 1847 den Michael Düll von Brünstadt und am 1. Mai 1848 den Georg Klopf von Unterspiesheim gemäß §. 84 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. August 1828 für widerspenstig erklärt, sofort die Beschlagnahme des Vermögens, dann eine Geldstrafe von je 100 fl. und den Verlust der in den §§. 47—59 l. c. bezeichneten Rechte gegen die Genannten verfügt.

Von M. Düll wurden hienach 270 fl. und von Georg Klopf 100 fl. zu Gerichtshanden genommen, eine Ersatzmannstellung aber nicht weiter eingeleitet, weil angeblich Einsteher für diese Beträge nicht zu finden, alle Diensttauglichen der Altersklasse 18 25/26 zu den Waffen gerufen, im Conscriptionsbezirke Sulzheim nicht einmal die Anforderungen für das Contingent gedeckt, und sohin solche Conscribirte nicht verfügbar wären, welche nach §. 74, l. c. hätten nachgestellt werden können.

Die Gerichts- und Polizeibehörde Sulzheim betrachtete deßhalb das mit Beschlag belegte Vermögen des Düll und Klopf als ein evacuirendes Depositum und forderte unterm 1. April 1851 edictaliter zur Geltendmachung von Ansprüchen an dasselbe auf.

In Folge dessen nahm das fürstliche Rentamt Sulzheim gemäß Protokoll vom 23. Mai 1850 die gegen die beiden Widerspenstigen Düll und Klopf ausgesprochene Strafe von je 100 fl. nebst 2 fl. 30 kr. Taxen nach §. 81 des Gesetzes vom 15. August 1828 in Anspruch, worauf aber das k. Regierungsfiscalat unterm 1. praes. 4. Juni 1850 den Antrag stellte:

> „diesen Anspruch als unbegründet zurückzuweisen, da der §. 81 eben so wenig, als §. 70 etwas davon enthalte, daß derlei Strafen den Mediat-Gerichtsherren zufallen sollen; gleiche Bewandtniß habe es mit den Taxen um so mehr, als diese Sachen taxfrei zu behandeln seien."

Unterm 11. Oktober 1851 erkannte jedoch die Gerichts- und Polizeibehörde Sulzheim zu Recht:

> „daß von dem fraglichen Vermögen vor Allem die Kosten zu entnehmen, sodann die Taxen und Strafen dem fürstlichen Rentamte Sulzheim auszuzahlen, und endlich die Restbeträge dem k. Fiscus als herrenloses Gut zu überweisen seien."

Dieses Erkenntniß wurde in öffentlichen Blättern aus-

geschrieben und dem königlichen Fiscalate noch besonders mitgetheilt.

Auf die von dem Letzteren gegen diese Entscheidung an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg ergriffene Berufung ging diese gemäß Entschließung vom 25. November 1851 nicht ein, weil die Gerichts- und Polizeibehörde Sulzheim in vorliegender Sache nach §. 84 des Heerergänzungsgesetzes als Gerichtsbehörde erkannt habe. Durch das k. Staatsministerium des Innern, an welches sich nun das k. Fiscalat mit Bericht vom 27. Dezember 1851 gewendet hatte, wurde jedoch die Zuständigkeit der Gerichte beanstandet, und die königl. Regierung unterm 22. Januar 1852 beauftragt, in dieser Sache einen Competenz-Conflikt anzuregen, was sofort von dieser auch durch die an das k. Landgericht Gerolzhofen, an welches inzwischen (Reggsbl. 1851, S. 1415) die Gerichtsbarkeit über Brünstadt und Unterspiesheim übergegangen war, erlassene Entschließung vom 31. März 1852 geschehen ist.

Die Sache wurde nun gemäß Art. 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, Competenz-Conflikte betreffend, instruirt, in Folge dessen von dem k. Fiscalate unterm 26. Mai 1852 eine Erklärung zu den Akten kam, in welcher der Inhalt des höchsten Rescripts vom 22. Januar 1852 mit noch besonderer Bezugnahme auf den §. 84 des Heerergänzungsgesetzes und auf die §§. 104, 111 u. 125 der Vollzugsvorschriften als Denkschrift bezeichnet, und hiedurch die Competenz der Administrativstellen zu rechtfertigen versucht wird, von dem k. Advokaten Warmuth aber als Vertreter der fürstlich von Thurn und Taxis'schen Standesherrschaft unterm 28. Mai 1852 eine Denkschrift einlief, in welcher zuvörderst die Anregung eines Competenz-Confliktes aus formellen Gründen als unstatthaft bestritten und eventuell die Zuständigkeit der Justizstellen als begründet dargelegt wird.

Nachdem nun die Sache in heutiger, öffentlicher Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte

Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart unter Vorlesuug der erheblichen Aktenstücke Vortrag, worauf, da von Seite der Betheiligten ein Vertreter nicht erschienen ist, der Staats-Anwalt am obersten Gerichtshofe das Wort erhielt und nach umständlicher Erörterung des Sachverhältnisses den Antrag stellte, zu Recht zu erkennen:

„daß die Anregung des Competenz-Conflikes als verspätet zurückzuweisen sei.“

Dieser Antrag stellt sich als begründet dar. Nach §. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, Competenz-Conflikte betreffend, kann von den Verwaltungsstellen den Gerichten gegenüber die Entscheidung eines Competenz-Conflikes nur in so lange beantragt werden, als über die Zuständigkeits-Frage vom Gerichte nicht rechtskräftig entschieden, oder das in der Hauptsache erlassene Endurtheil nicht rechtskräftig geworden ist.

In vorliegender Sache hat nun das Untergericht die Ansprüche der Betheiligten auf die confiscirten Vermögensbeträge der conscriptionspflichtigen Düll und Klopf durch Edictalladung vom 1. April 1851, zur civilrechtlichen Verhandlung gezogen wobei auch insbesondere der k. Fiscal unterm 1. praes. 4. Juni 1851 dem fürstlich Thurn- und Taxis'schen Rentamte gegenüber seine Rechte geltend gemacht hat, worauf von dem k. Landgerichte Gerolzhofen das Endurtheil vom 11. Oktober 1851 ergangen ist.

Dieses Erkenntniß cum plena cognitione causae im contradictorischen Verfahren über die Ansprüche der Parteien erlassen, war, seiner definitiven Eigenschaft gemäß, der Rechtskraft fähig, und der Eintritt derselben konnte von dem Fiscal nur durch eine innerhalb des Laufes der Fatalien an das Obergericht eingelegte Berufung, oder durch Anregung des Competenz-Conflikes durch die Administrativbehörde unterbrochen werden.

Keines von beiden ist aber hier gehörig oder rechtzeitig geschehen; das Fiscalat hat zwar die Berufung er-

griffen, aber nicht an das einschlägige Appellationsgericht, sondern an die k. Regierung, welche jedoch, obwohl in derselben ausdrücklich die Competenz der k. Regierung und überhaupt der Verwaltungsstellen in Anspruch genommen war, ihre Zuständigkeit nicht nur nicht in Anspruch genommen, sondern vielmehr durch Entschließung vom 25. November 1851 ausgesprochen hat, daß die fiscalische Berufung, als gegen eine richterliche Entscheidung ergriffen, nicht an die k. Regierung erwachsen sei.

Nach §. 5, lit. c haben die Verwaltungsstellen den Competenz-Conflikt anzuregen, sobald sie auf was immer für eine Weise erfahren, daß sich ein Gericht mit einer zur Zuständigkeit der Verwaltung gehörigen Sache befaßt.

Abgesehen nun davon, ob nicht schon zur Zeit der von der Gerichts- und Polizeibehörde Sulzheim unterm 1. April 1851 erlassenen Edictalladung für die Verwaltungsstellen Anlaß zur Erhebung eines Competenz-Conflikts gegeben gewesen wäre, so hatte nach dem Vorbemerkten die k. Regierung jedenfalls zur Zeit des Erlasses ihrer Entschließung vom 25. November 1851 hinreichende Kenntniß von der Sache erlangt; da sie aber demungeachtet die Anregung des Competenz-Conflikts unterließ, und solche erst unterm 31. März praes. 4. April 1852 erfolgte, so war inzwischen längst die Rechtskraft des erstrichterlichen Endurtheils v. 11. Oktober 1851 eingetreten, welche auch der Zulassung der erst durch Ministerialentschließung vom 22. Januar 1852 angeordneten Anregung des Competenz-Conflikts entgegensteht.

Aus diesen Erwägungen war, wie geschehen zu erkennen.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 18. Januar 1853, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident; v. Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath; v. Friederich, Ministerial-Rath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; von Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappella-

tionsgerichtsrath; Dr. Lotz, II. Staatsanwalt und Paulus, Oberappellationsgerichtssekretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XXXVIII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 25. April 1853, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Kreis- und Stadtgerichte Schweinfurt und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer der Finanzen, in Sachen des k. Vasallen Freiherrn Franz Lothar v. Fuchs von Bimbach gegen den k. Lehenfiscus, Provocation wegen Lehentaxen betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 20, S. 603—609.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Kreis- und Stadtgerichte Schweinfurt und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer der Finanzen, in Sachen des kgl. Vasallen Freiherrn Franz Lothar von Fuchs von Bimbach gegen den k. Lehenfiscus, Provocation wegen Lehentaxen betreffend, hiermit zu Recht:

„daß in vorliegender Sache die Verwaltungs-Behörden zuständig seien."

**Gründe:**

Die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer der Finanzen, fordert von dem k. Vasallen Freiherrn Franz Lothar v. Fuchs von Bimbach laut der Ver-

zeichnisse vom 16. September 1851 wegen eines am 20. März 1848 eingetretenen Lehenshauptfalles an Lehentaxen und Gebühren die Summe von 2124 fl. 31 kr. 2 pf. und wegen eines am 13. September 1849 eingetretenen Lehennebenfalles die Summe von 829 fl. 31 kr. 2 pf., im Ganzen also 2954 fl. 3 kr. — Freiherr v. Fuchs hielt diese Berechnung nicht für richtig, und wandte sich deshalb an das k. Staats-Ministerium der Finanzen, um eine Minderung der Lehentaxen zu erwirken.

Demselben wurde hierauf jedoch mittelst Entschließung der k. Regierung, Kammer der Finanzen vom 5. Januar 1852 eröffnet, daß zufolge Ministerialentschließung vom 22. November 1851, was den Hauptfall betrifft, es bei der Berechnung des Fassionswerthes, wie dieser zur Zeit des Thronwechsels bestand, sein Bewenden habe.

Bezüglich des Nebenfalles dagegen erhielt Freiherr v. Fuchs den Auftrag, binnen 6 Wochen ein vollständiges Lehenverzeichniß herzustellen, in welchem auf die seither festgestellten Fassionswerthe alle jene Rechte zu bezeichnen seien, welche zu Verlust gegangen sind, und deren Werthe sich im Zusammenhalte der früher erhobenen Fassionswerthe gemindert haben. Zugleich wurde zur Belehnung auf den Hauptfall nach vorher zu leistender Zahlung der darauf treffenden Taxen und Gebühren Tagsfahrt auf den 20. Februar 1852 anberaumt, weil die Rührung des Hauptfalls durch die nur den Nebenfall betreffenden Ermittelungen nicht verzögert werden dürfe.

Nun aber reichte Advokat Zorn Namens des k. Vasallen Freiherrn v. Fuchs am 20. Februar 1852 bei dem k. Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt eine Provocations-Klage gegen den k. Lehenfiscus von Unterfranken und Aschaffenburg ein mit der Bitte, dem Beklagten anzuweisen, binnen 30 Tagen seine etwaigen Ansprüche auf Lehentaxen und Gebühren bei Vermeidung ewigen Stillschweigens gegen den Kläger geltend zu machen.

Diese Klage wurde zur Verhandlung ausgesetzt. Das k. Fiscalat aber erklärte vor Allem, daß die k. Regierung, Kammer der Finanzen, zur Wahrung ihrer Competenz den Competenz-Conflikt anzuregen beschlossen habe. Eventuell wurde die Einrede der Incompetenz der Gerichte jedoch auch vorgeschützt, und weiter eventuell unter Beziehung auf §. 48 u. folg. des Lehenedicts die Abweisung der Klage ohne weitere Verhandlung, oder doch in der angebrachten Art beantragt, weil bei dem Widerspruche zwischen der Geschichte und dem Petitum der Klage nicht zu entnehmen sei, ob sich der Provocant durch ein plus petitio re vel tempore oder durch den Anspruch auf Lehengebühren überhaupt beschwert erachte.

Das k. Kreis- und Stadtgericht glaubte aber, da der Competenz-Conflikt von der Verwaltungsstelle selbst nicht angeregt war, jener Erklärung des Fiscalats keine Folge geben zu können, und setzte Termin zur Schlußverhandlung an, welcher jedoch auf Instanz des Fiscalats wieder aufgehoben wurde, worauf, nachdem das an das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg gerichtete den Conflikt anregende Communicat der k. Regierung, Kammer der Finanzen, vom 18. Juni 1852 dem Untergerichte mitgetheilt war, der Competenz-Conflikt instruirt, vom Advokaten Zorn Namens des Freiherrn v. Fuchs eine Denkschrift mit der Bitte um Anerkennung der Competenz der Gerichte eingereicht, vom k. Fiscalat sich aber nur auf die der Vernehmlassung auf die Klage vorausgeschickte Erklärung und Deduction statt der Denkschrift bezogen wurde.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 25. April 1853 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellations-Gerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf der in Folge an die Parteien ergangener Ladung, Namens des Freiherrn F. L. v. Fuchs erschienene k. Advokat Simmerl den Antrag auf ein die civilrechtliche Competenz festsetzendes Erkenntniß unter umständlicher Motivirung stellte, von dem k.

Generalstaatsanwalte dagegen nach vorgängiger Beleuchtung des Sachverhältnisses der Ausspruch beantragt wurde, daß in dieser Sache die Verwaltungsbehörden competent seien.

Diesem Antrage war stattzugeben.

Denn sowohl zufolge der Geschichte der Klage, als des Vorbringens in der Denkschrift bestreitet Frhr. v. Fuchs nicht die Lehnbarkeit der Güter, sondern lediglich die Berechnung der Lehenstaxen. Allein weder die Prüfung der Fassionen über lehenbare Besitzungen und deren Werthserhebung, noch die Classifikation der Lehen nach ihrem Werthe, noch die Berechnung der Lehenstaxen darnach sind Gegenstände der civilrichterlichen Competenz. Alle diese Functionen liegen vielmehr nach der allerhöchsten Verordnung vom 12. Dezember 1811, betreffend die Fassionen der Kronlehen ꝛc. Reggsbl. S. 1833, in dem Wirkungskreise der Administration, nämlich der Finanzstellen, welche also mit Ausschluß der Gerichte für den Vollzug der §§. 48 — 53 des Lehen-Edicts vom 7. Juli 1808, und sohin auch zur Verbescheidung der Beschwerden competent sind, welche gegen den angenommenen Lehenswerth, die Classification und die Berechnung der Lehens-taxe erhoben werden.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn die Bestimmungen über die Competenz in Taxsachen in Anwendung gebracht werden, wornach insbesondere, wenn es sich um die quantitative Bestimmung nach den bestehenden Gesetzen handelt, die k. Kreisregierungen, Kammer der Finanzen, competent sind.

Die Verbescheidung deßfallsiger Beschwerden fällt sohin ebenfalls in die administrative Competenz. Auf diesem Grundsatze beruhte schon die Bestimmung des §. 124 der provisorischen Taxordnung von 1810 und die Verordnung vom 17. Dezember 1825, betreffend die Formation, den Wirkungskreis ꝛc. der obersten Kreisverwaltungsstellen, §. 89 verweiset den Vollzug der Gesetze im Betreffe des Taxwesens eben so zum Wirkungskreise der Finanzkammern, wie es schon

nach §. 59 der Verordnung desselben Betreffes vom 27. März 1817 der Fall war.

Hieran ändert bezüglich der Lehenstaxen auch der Umstand nichts ab, daß diese an die Stelle der Laudemien getreten sind, und Streitigkeiten darüber zur richterlichen Entscheidung ressortirten. Denn in Folge der Verwandlung des Laudemius oder Releviums in eine, nach dem Lehenswerthe und der darauf beruhenden Classification sich bestimmende Taxe finden nun die über die Competenz in Taxsachen bestehenden Verordnungen um so nothwendiger auch bei diesem Reichnisse Anwendung, weil nach der obigen Erörterung die Herstellung der Classification zum Behufe der quantitativen Bestimmung der Abgabe zum Wirkungskreise der Finanzstellen gehört.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 25. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr von Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellations-Gerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. von Kiliani, Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

## XXXIX.
## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. April 1853, in Sachen des Fuhrmannes Leonhard Märkle aus Finsterrod gegen den k. Fiskus, wegen Entschädigung, hier den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 20, S. 610—617.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Fuhrmannes Leonhard Märkle aus Finsterrod gegen den k. Fiskus, wegen Entschädigung, hier den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberfranken betreffend, zu Recht:

„daß die Gerichte über die Klage des Leonhard Märkle vom 4. praes. 12. März 1852 zu verfügen oder zu erkennen zuständig seien.

**Gründe:**

Der Fuhrmann Leonhard Märkle aus Finsterrod kgl. Württembergischen Oberamts Weinsberg kam am 5. August 1851 mit seinem Frachtwagen auf einen in der Nähe von Mainroth Landgerichts Weismain neuangelegten, einen Theil der dortigen bayerischen Staatsstraße bildenden Damm zu fahren, und als er mit solchem beiläufig die Mitte des Dammes erreicht hatte, hat Letzterer, wie Märkle behauptet, in der Art nachgegeben, daß sich der Wagen ganz auf die Seite senkte, und in die Böschung hinabstürzte. Durch den Umsturz des Wagens soll aber dem Märkle ein Schaden von 186 fl. 8 kr. zugegangen seyn, weil hiedurch ein Theil der auf demselben befindlichen mit böhmischem Mineralwasser gefüllten Flaschen in Trümmer ging, der Wagen selbst beschädigt worden ist, und dessen Ladung umgepackt werden mußte u. s. w.

Fuhrmann Märkle verlangt von dem bayerischen

Staatsärar Vergütung des ihm zugegangenen Schadens, weil solcher sich nur dadurch ergeben habe, daß der erwähnte Damm schlecht hergestellt gewesen, und nur hierdurch der Umsturz seines Wagens herbeigeführt worden sei, hienach aber die Ersatzverbindlichkeit des Staatsärars sich nicht beanstanden lasse, indem der Staat die Verpflichtung habe, die öffentlichen Staatsstraßen im guten gehörig fahrbaren Zustande herzustellen, und zu erhalten, diese Pflicht aber im vorliegenden Falle nicht erfüllt, und sogar auch unterlassen worden sei, an der betreffenden unfahrbaren Stelle ein Zeichen aufzustecken, wodurch die Fuhrleute aufmerksam gemacht worden wären, daß das Befahren derselben mit Gefahr verbunden sei, und da seine bei den Administrativstellen eingereichten dießfallsigen Gesuche erfolglos waren kam er am 12. März 1852 beim kgl. Appellationsgerichte von Oberfranken mit einer gegen den k. Finanzfiskus gerichteten Klage ein, worin er unter Anführung der oben erwähnten Umstände die einzelnen Entschädigungsposten näher specifizirte, und die Bitte stellte, nach verhandelter Sache richterlich auszusprechen, daß der k. Fiskus schuldig sei, ihm eine Entschädigungs-Summe von 186 fl. 8 kr. sammt 5 pCt. Verzugszinsen zu zahlen und die Prozeßkosten zu tragen.

Das k. Appellationsgericht von Oberfranken hat diese Klage zur Verhandlung ausgesetzt, und mittels Entschließung vom 7. April unter Duplicatsmittheilung das k. Regierungsfiscalat zur Vernehmlassung hierüber unter Vorstreckung eines 30tägigen Termins aufgefordert. Eine Vernehmlassung von Seite des genannten Fiscalats ist jedoch nicht erfolgt, dagegen aber hat die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, mittels Schreibens vom 21. Mai 1852 dem k. Appellationsgerichte eröffnet, daß sie die Gerichte zur Einmischung in vorliegender Sache nicht für competent erachte, und sie daher veranlaßt sei, im Hinblick auf Artikel 2, 3, und 5 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 hiemit den Competenz-Conflikt anzuregen.

Es wurde hienach gemäß Vorschrift des vorangeführten Gesetzes bezüglich des angeregten affirmativen Competenz-Conflikts gehörige Instruktion gepflogen und hiebei kam: das k. Regierungsfiscalat von Oberfranken mit einer Denkschrift ein, in welcher erörtert wird, daß bei den hier in Mitte liegenden Verhältnissen es sich von einem zu dem Wirkungskreise der Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand handle, und die Betretung des Rechtsweges unstatthaft sei, während dagegen der klägerische Anwalt, Advokat Prell, eine Denkschrift einreichte, in welcher darzuthun gesucht wird, daß es dem Inhalte der gestellten Klage gemäß sich nur von einem zu den Gerichten competirenden Anspruche handle.

Nachdem nun diese Sache, da sie in der gestrigen Sitzung des obersten Gerichtshofes nicht mehr vorgenommen werden konnte, in heutiger öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Ober-Appellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, wobei die wichtigeren Actenstücke abgelesen wurden, und da von den Betheiligten sich Niemand eingefunden hatte, nahm hierauf der kgl. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort, und stellte nach näherer Erörterung der Sache den Antrag, auszusprechen, daß in vorwürfiger Sache die Gerichte zuständig seien.

Diesem Antrage des Generalstaatsanwalts mußte aus nachstehenden Gründen stattgegeben werden.

Es handelt sich dem Inhalte der angestellten Klage zufolge von einer Entschädigungsforderung, von Vergütung und Ersatz eines Schadens, welchen der Kläger an seinem Vermögen angeblich erlitten hat, und welcher Schaden demselben dadurch, daß eine Strecke der von ihm befahrenen Landstraße nicht in dem gehörigen fahrbaren Zustande hergestellt war, somit durch eine widerrechtliche Handlung oder vielmehr Unterlassung von Seite des zur Herstellung und Unterhaltung besagter Straße verpflichteten Subjectes, zugegangen seyn soll.

In diesen der Klage zu Grund liegenden Momenten sind unverkennbar die Merkmale eines Privatrechtsverhältnisses gegeben, es qualifizirt sich sonach die Sache ihrem Objekte nach zu einer Justizsache, und da in erwähnter Beziehung der Umstand, daß nicht ein Privatmann sondern der Staat das der hier in Frage stehenden widerrechtlichen Handlung oder vielmehr Unterlassung beschuldigte Subject ist, nichts zu ändern vermag, in streitigen Privatrechtsverhältnissen aber nach ausdrücklicher Vorschrift der Verfassungsurkunde auch der k. Fiskus bei den Gerichtshöfen Recht zu nehmen hat, und bei solchen belangt werden kann, so läßt sich ein rechtlicher Grund, warum es den Gerichten an der Zuständigkeit bezüglich der besagten Klage das Geeignete zu verfügen oder zu erkennen, ermangeln soll, nicht vorfinden.

Es wird zwar vorgebracht, daß, da die Klage des Märkle sich darauf stütze, daß

a) der Staat die Verpflichtung habe die öffentlichen Staatsstraßen in einem stets fahrbaren Stande zu erhalten, und
b) unterlassen worden sei, die Reisenden auf die kritische Stelle durch Ausstecken von Zeichen u. s. w. aufmerksam zu machen,

sohin in beiden Beziehungen der Klagegrund nur als ein aus schuldhafter Negligenz der Baubehörden abgeleiteter sich darstelle, die Sache um so minder zum Wirkungskreise der Gerichte sich eigne, als durch die bestehenden Gesetze und Verordnungen die Unterhaltung der Landstraßen als ein Theil der Baupolizei, und nicht als Privatrechtsgegenstand, sondern als Regierungssache erklärt sei, und überdieß, selbst wenn es sich auch um einen im Civilrechtswege verfolgbaren Anspruch handeln sollte, immerhin erst die Einmischung der Gerichte durch einen Ausspruch darüber, daß wirklich eine schuldhafte Negligenz der Baubehörde vorliege, bedingt sei, ein derartiger Ausspruch aber nur der betreffenden Verwaltungs- und Dienstesstellen zustehe. Allein dieses Vorbringen beruht unverkennbar auf einer unrichtigen Auffassung des

Klagsinhaltes, und ist somit hier von keiner Erheblichkeit, denn das hier zu beurtheilende Streitsverhältniß, wie es nach dem oben angeführten Klagsinhalte sich darstellt, läßt den Wirkungskreis und das dienstliche Verhältniß der obern Baupolizeistelle und der mit den Staatsbauten beauftragten Behörden und Beamten ganz unberührt. Der Kläger leitet seinen Anspruch nicht aus seinem Versehen oder einer Negligenz der mit der Herstellung des fraglichen Dammes beauftragt gewesenen Behörden oder Beamten ab, er läßt es gänzlich dahingestellt seyn, ob es an den gehörigen Anordnungen oder Instruktionen für die Vollzugsbeamten gefehlt habe, oder ob letztere sich eines Versehens schuldig gemacht haben, sondern stützt seinen Anspruch nur darauf, daß der Staat seiner Verbindlichkeit, die dem allgemeinen Verkehr bestimmte öffentliche Landstraße in dem erforderlichen Zustande herzustellen nicht nachgekommen sei. Der vorliegende Anspruch wird auf eine angebliche culpa ex lege aquilia zu stützen gesucht, und über einen Anspruch dieser Art zu urtheilen, sind die Gerichte allerdings zuständig, daher, wie oben geschehen, erkannt werden mußte.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 26. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichtsdirector Freiherr von Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath von Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath von Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

---

## XL.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. April 1853, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Gerichts- und Polizeibehörde Kreuzwertheim als Verwaltungsstelle und dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg in Sachen des Peter Wolf und Consorten zu Michelrieth gegen die fürstlich Löwenstein-Wertheim-Freudenberg'sche Standesherrschaft, Ablösung eines Erbbestandzinses betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 20, S. 617—623.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern** erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Gerichts- und Polizei-Behörde Kreuzwertheim als Verwaltungsstelle und dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg in Sachen des Peter Wolf und Consorten zu Michelrieth gegen die fürstl. Löwenstein-Wertheim-Freudenberg'sche Standesherrschaft, Ablösung eines Erbbestand-Zinses betreffend, hiemit zu Recht:

„Daß über den Antrag des Peter Wolf und Consorten zu Michelrieth auf Ablösung der fraglichen Erbbestandzinses zu verfügen und zu entscheiden, ob die Administrativbehörden competent seien."

**Gründe:**

In der Steuergemeinde Michelrieth besteht ein geschlossener, in 20 Theile zerschlagener, der fürstlich Löwenstein-Wertheim-Freudenberg'schen Standesherrschaft erbbestandbarer Wiesencomplex, genannt im Brühl. Der Erbbestandzins ist fixirt und beträgt für jeden der 23 Erbbeständer per Jahr 5 fl. Auf Grund des Art. 23 des Ablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848 wollen Letztere diese fixirte Grundabgabe gegen Erlegung des 18fachen ihres jährlichen Betrages ablösen.

Der deßfalls an die Distrikts- und Polizeibehörde Kreuzwertheim gebrachte Antrag wurde jedoch durch ein von derselben in Gemeinschaft mit dem k. Rentamte erlassenes Decret vom 24. April 1851 wegen Mangels der Competenz abgewiesen, weil von Seite der Standesherrschaft die Ablösbarkeit des Gefälles bestritten, und eventuell die Erlegung des 25fachen Betrages des Fixums verlangt werde, die Sache also streitig, und der Civilrichter zur Entscheidung competent sei.

Aber auch das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg als der privilegirte Gerichtsstand der Standesherrschaft hat die von dem k. Advokaten Ketterle Namens der Grundbesitzer Peter Wolf und Consorten an dasselbe gebrachte Klage mit der Bitte um das Erkenntniß, daß beklagte Standesherrschaft schuldig sei, die fragliche Ablösung gegen Erlegung des 18fachen des Betrages des Fixum geschehen zu lassen, durch Entschließung vom 4. Juni 1852 wegen Mangels der Competenz zurückgewiesen, indem solche Differenzen gemäß Art. 19 und 35 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 zur administrativen Entscheidung ressortirten.

Vom Advokaten Ketterle wurde sofort Namens des Peter Wolf und Consorten mittelst Eingabe zum obersten Gerichtshofe vom 23. Juni 1852 der Competenz-Conflikt angeregt. Derselbe übergab auch eine Denkschrift.

Von Seite der Standesherrschaft dagegen kam eine solche nicht ein. Advokat Ketterle beantragte ein die Competenz der Administrativbehörde aussprechendes Erkenntniß.

Nachdem die Sache in der gestrigen Sitzung nicht mehr vorgenommen werden konnte, wurde dieselbe in der heutigen aufgerufen, worauf der zum Referenten ernannte Oberapellotionsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag erstattete, wornächst, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt das Wort erhielt, und nach Erörterung des Sachverhältnisses den Antrag auf das Erkenntniß stellte:

„daß in dieser Sache die Verwaltungsbehörden zuständig seien.“

Diesem Antrage war stattzugeben.

Das Gesetz vom 4. Juni 1848, betreffend die Fixirung und Ablösung der Grundlasten, bezweckt nicht, in privatrechtlicher Beziehung Normen festzusetzen. Das Interesse, welchem durch dasselbe genügt werden sollte, ist vielmehr ein nationalökonomisches, und schon daraus ergibt sich, daß sich die Anwendung seiner Vorschriften nicht zum civilrichterlichen Wirkungskreise eignet, sondern Aufgabe der Verwaltung seyn muß. Daher sind auch nach Art. 19 lediglich die Distrikts-Polizeibehörden die Organe, welche dieses Gesetz in Vollzug zu bringen haben und zwar in Gemeinschaft mit den kgl. Rentämtern, welche zur Mitwirkung berufen sind, damit die Erfahrungen benützt werden, welche sie bei den früher schon gestatteten Fixirungen und Ablösungen der Grundgefälle des Staates gesammelt hatten. Alle Beschlüsse und Anordnungen also, welche der Vollzug des Gesetzes erfordert, liegen nach dessen Wesen und Zweck sowohl, als zufolge der unzweideutigen Bestimmung des Art. 19 in der Competenz der Administration. Nur ausnahmsweise hat der Art. 11. Nr. 3 und 4 die Entscheidung einzelner, genau bestimmter Streitpunkte zur civilrichterlichen Competenz verwiesen. Wegen der exceptionellen Eigenschaft dieser Bestimmungen aber ist jede Erweiterung derselben oder analoge Anwendung ausgeschlossen.

Zwar wird die civilrichterliche Competenz durch das Gesetz vom 4. Juni 1848 bezüglich solcher Streitfragen nicht beschränkt, von deren Entscheidung es abhängt, ob die Thätigkeit der Administrativbehörde zum Vollzug des Gesetzes einzutreten hat. In dem Art. 20 wird daher der Rechtsweg auch ausdrücklich vorbehalten, wenn das Recht oder der Umfang der zu fixirenden Reichnisse bestritten wird. Allein von einer privatrechtlichen Präjudicialfrage dieser Art handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Das Recht der Standesherrschaft auf das fragliche Gefälle wird nicht in Con-

testation gezogen. Der Art. 20 findet daher auch weder an sich, noch vermöge Analogie Anwendung. Es kommt vielmehr bloß auf die Subsumtion des vorliegenden Falles unter die Bestimmungen der Art. 21 und 23 des Ablösungsgesetzes an. Diese aber mittelst der Ermittlung der Eigenschaft des Gefälles vorzunehmen, ist lediglich Aufgabe der mit dem Vollzuge des Gesetzes beauftragten Behörde. Ebenso wenig fällt die Frage, wie die Ablösungssumme zu berechnen sei, in das Bereich der Ausnahmsfälle, in welcher nach Art. 11 Nr. 3 und 4 des Ablösungsgesetzes die civilrichterliche Competenz eintritt.

Der Umstand also, daß die Verbindlichkeit zur Ablösung, nämlich die Zulässigkeit der Subsumtion der fraglichen Grundabgabe unter die Bestimmungen der Art. 21 und 23 des Ablösungsgesetzes und die Ablösung durch Erlegung des Achtzehnfachen des jährlichen Betrags von der fürstlichen Standesherrschaft bestritten wird, begründet die civilrichterliche Competenz nicht, weil das Ablösungsgesetz keineswegs alle bei dessen Vollzug entstehende Streitfrage zur civilrichterlichen Judicatur verwiesen hat.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 26. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichtsdirector Freiherr v. Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

## XLI.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. April 1853, den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, in Sachen des k. Kämmerers und erblichen Reichsrathes Maximilian Grafen von Arco-Valley gegen Kaspar Karlinger zu Einhaus wegen Vertragsverlautbarung betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 21, S. 631—639.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Appellationsgerichte und der k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, in Sachen des k. Kämmerers und erblichen Reichsraths Maximilian Grafen von Arco-Valley gegen Kaspar Karlinger zu Einhaus wegen Vertragsverlautbarung,

„daß das k. Landgericht Miesbach als Justiz-Behörde zur Verhandlung und Entscheidung der Klage vom 16. pr. 24. Juni 1850 competent sei."

**Gründe:**

Am 13. November 1848 wurde zwischen Kaspar Karlinger als Besitzer des zur Herrschaft Valley leibrechtsweise grundbaren Einhausergutes in der Steuergemeinde Thalham und der gräflich Arco-Valley'schen Güterinspektion außergerichtlich ein Handlohnsfixationsvertrag schriftlich abgeschlossen, welchem zufolge ein Werth des leibrechtbaren Gutes von 1700 fl. im Vergleichswege angenommen, der doppelte Handlohn (für Mann und Weib) zu 20 pCt. auf 340 fl., sohin das Aequivalent nach Art 15. des Gesetzes vom 4. Juni 1848, betreffend die Aufhebung ꝛc. der Grundlasten, auf 680 fl. festgesetzt wurde.

Die Güterinspektion brachte diese Uebereinkunft der

Distriktspolizeibehörde Miesbach in Vorlage, bei welcher aber Kaspar Karlinger auf Vorrufen am 27. November 1848 erklärte, daß er dieselbe nicht anerkenne, weil eine 40 pCt. Ablösungssumme für den bisherigen Handlohn zu hoch sei.

Sub praes. 24. Juli 1850 reichte nun der k. Hofrath Dr. Schauß, Namens des Grafen von Arco-Valley gegen Kaspar Karlinger eine Klage bei dem kgl. Landgerichte Miesbach ein mit dem Petitum, den Beklagten zur gerichtlichen Verlautbarung der Uebereinkunft vom 13. November 1848 für verbunden zu erkennen.

Die Klage wurde zur Verhandlung ausgesetzt.

Der Beklagte widersprach nicht, daß er die Uebereinkunft abgeschlossen habe, räumte auch ein, daß er im Jahre 1845 für sich und sein Weib 20 pCt. Handlohn bezahlt habe, schützte dabei aber vor, er sei zu dieser Zahlung gezwungen worden, weil man ihm gesagt habe, daß er sonst nicht heirathen könne. Auch hätten andere in denselben Verhältnissen nur einen Leib, wie auch sein Vater im Jahre 1807 nur 80 fl. und dessen Vorfahrer nur 50 fl. bezahlt.

Er bat um das Erkenntniß, daß er nicht verbunden sei die Uebereinkunft vom 13. November 1848 zu halten. Klägerischerseits wurde dieses exceptivische Vorbringen widersprochen und die Herkömmlichkeit des doppelten Handlohns, nämlich von Mann und Weib, behauptet, daß außerdem der Beklagte das leibrechtige Gut seiner Ehefrau auch nicht hätte anheirathen können.

Das landgerichtliche Erkenntniß vom 19. Dezember 1850 ging dahin, daß Beklagter die gerichtliche Verlautbarung des Vertrags vom 13. November 1848 geschehen zu lassen habe.

Der vom Beklagten nun bevollmächtigte Advokat Porzer legte gegen dieses Erkenntniß Nichtigkeitsbeschwerde und eventuelle Berufung ein, und brachte zugleich in einer Vorstellung an die k. Regierung von Oberbayern, Kammer des Innern, die Competenzfrage in Anregung.

Die k. Regierung fand sich jedoch laut Entschließung

vom 3. Juni 1851 nicht veranlaßt, in dieser Sache eine administrative Competenz zu wahren, wogegen durch Erkenntniß des k. Appellationsgerichts von Oberbayern vom 3. November 1851 das landgerichtliche Erkenntniß als nichtig aufgehoben wurde, weil keine Justizsache vorliege, sondern gemäß Art. 19 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 die Competenz der Distriktspolizeibehörde in Gemeinschaft mit dem k. Rentamte eintrete.

Mit Eingabe an den obersten Gerichtshof vom 4. pr. 9. April 1852 wurde vom klägerischen Anwalte nun um Entscheidung des negativen Competenzconflikts und zwar um Anerkennung der Competenz der Justizbehörde gebeten.

Dieses Gesuch wurde instruirt, vom Anwalte des Beklagten auch eine Denkschrift mit der Bitte um Anerkennung der administrativen Competenz eingereicht, während sich der klägerische Anwalt statt einer Denkschrift auf seine Nebenverantwortung vom 27. Februar 1851 bezog.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 25. April 1853 aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellations-Gerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da die zur Verhandlung geladenen Parteien das Wort nicht verlangten, der kgl. Generalstaatsanwalt seine Gründe für den Antrag auf das Erkenntniß entwickelte, daß die Verwaltungsbehörden in der vorwürfigen Sache zuständig seien.

Diesem Antrage war jedoch nicht stattzugeben; denn

1) gemäß Artikel 19 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 haben die Distriktspolizeibehörden in Gemeinschaft mit den k. Rentämtern die Fixirung der Grundlasten von Amtswegen im summarischen Verfahren zu vollziehen. In Uebereinstimmung damit werden dieselben in §. 4 der Instruktion zum Vollzuge dieses Gesetzes angewiesen, vor Allem die Differenzpunkte zwischen den Theilen herzustellen, und zu deren Beseitigung die dem Gesetze entsprechenden Anordnungen zu treffen. Dieser Paragraph

bezieht sich blos auf die amtliche Fixirung. Diese amtliche Fixirung soll jedoch nach Artikel 8. Abs. 2 des Gesetzes hinwegfallen, wenn eine bereits rechtsgültig bestehende oder vor der amtlichen Verhandlung zu Stande gekommene Fixation vorliegt, und der §. 6 der Instruktion bestimmt, daß sämmtliche zu Stande gekommene Fixirungen zur Bestätigung ihrer Rechtsgültigkeit unter Leitung der Distriktspolizeibehörde zu protokolliren sind. Unter dem Worte „sämmtliche" müssen nun zwar sowohl die unter amtlicher Mitwirkung als die außeramtlich zu Stande gekommenen Fixationen verstanden werden. Allein gemäß Art. 8, Abs. 2 des Gesetzes findet dieser Vollzug einer außeramtlich geschehenen Fixation durch Protokollirung bei der Distriktspolizeibehörde nur unter der Voraussetzung statt, wenn dieselbe rechtsgültig besteht oder zu Stande kam.

In Beziehung darauf nun aber

2) werden in §. 3 der Instruktion die Fixirungsbehörden lediglich angewiesen, die außeramtlichen Fixirungen ohne erheblichen Grund nicht zu beanstanden (also nicht von Amtswegen dieselben in Frage zu stellen), wenn nur zur Genüge erhellet, daß dieselben, beiderseits mit freiem Willen und gutem Vorbedachte stattgefunden haben. Zur Herstellung dieses Erfordernisses muß also die Distrikts-Polizeibehörde, wie es auch im vorliegenden Falle geschah, den betreffenden Theil zur Erklärung veranlassen; allein weder das Gesetz noch die Instruktion spricht sich nun darüber aus, was von Seite der Fixirungsbehörde zu geschehen habe, wenn der eine Theil die Anerkennung des Fixationsvertrages verweigert, der andere aber auf dessen Geltendmachung besteht. Dafür, daß in diesem Falle nach dem Gesetze die Judicatur als der Distrikts-Polizeibehörde zuständig vorausgesetzt werden müßte, enthält die Instruktion keine Andeutung. Aus der Vergleichung der Artikel 19 und 11 Nr. 3 und 4, dann

Artikel 20 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 ergibt sich aber, daß

a) nach dem einmal erfolgten Eintritte des amtlichen Verfahrens die Administrativbehörde für alle Anordnungen und Beschlüsse, durch welche der Vollzug des Gesetzes bedingt wird, zuständig ist, und daß nur ausnahmsweise in den in Art. 11 Nr. 3 und 4 genau bezeichneten Fällen die civilrichterliche Competenz Platz greift; daß aber

b) für solche Streitfragen, deren Entscheidung aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst nicht zu schöpfen ist, und von welcher es erst abhängt, ob die Thätigkeit der Administrativbehörde zum Vollzuge desselben einzutreten hat, die civilrichterliche Competenz nicht ausgeschlossen ist.

Auf diesem Prinzipe beruht der Artikel 20 des Gesetzes, welcher, wenn das Recht oder der Umfang der zu fixirenden Reichnisse bestritten ist, den Rechtsweg vorbehält.

Eine für den Eintritt der Thätigkeit der Administrativ-Behörde zum Vollzuge der Fixation präjudicielle Streitfrage derselben Art bildet aber auch die Rechtsgültigkeit eines ohne amtliche Mitwirkung zu Stande gekommenen Fixationsvertrags, obgleich der Artikel 8 des Gesetzes den Rechtsweg dafür nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Denn da weder das Gesetz, noch die Instruktion auch nur andeuten, daß die Fixirungsbehörde über die Rechtsgültigkeit des Vertrags im Falle der Bestreitung derselben zu entscheiden habe, während doch die Protokollirung nach Anleitung des §. 6 der Instruktion, wenn dem Artikel 6 des Gesetzes gemäß der Vertrag als rechtsgültig nicht anerkannt wird, unstatthaft ist; müßte im Falle des von dem einen Theile erhobenen Widerspruches des Vertrages ganz von diesem abgesehen und das amtliche Fixationsverfahren nach Artikel 16 des Gesetzes eingeleitet werden. Kann nun aber dieses deßwegen nicht geschehen, weil der andere Theil auf der Geltendmachung des

Vertrages besteht, so muß es diesem überlassen werden, ein richterliches Urtheil zu erwirken, und hierdurch das Erforderniß nach Artikel 8 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 vorerst darzuthun.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes am 26. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichtsdirector Freiherr von Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, Oberappellationsgerichtssecretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

---

## XLIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. April 1853, bezüglich des in der Untersuchungssache gegen Karl Pullich und Genossen zu Nördlingen wegen Wahlumtrieben zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden obwaltenden negativen Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 22, S. 643—654.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des in der Untersuchungssache gegen Karl Pullich und Genossen zu Nördlingen wegen Wahlumtrieben zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden obwaltenden negativen Competenz-Conflikts zu Recht:

„daß zur Aburtheilung der oben bezeichneten Untersuchungssache die Verwaltungsbehörden zuständig seien.

**Gründe:**

Auf geschehene Vorlage der über die Gemeindeersatz-Wahlen in der Stadt Nördlingen im September 1851 stattgehabten Wahlverhandlungen hat die k. Regierung von Schwaben und Neuburg laut einer an das k. Stadtcommissariat zu Nördlingen am 28. September 1851 erlassenen Entschließung die vorgenommene Wahl als nichtig aufgehoben, die Erneuerung der Wahl angeordnet, und zugleich dem Stadtkommissariate bedeutet, daß wegen der bei besagter Wahl stattgehabten Umtriebe unverweilt auf den Grund des Artikel 68 der Wahlordnung vom 5. August 1818 die Untersuchung zu eröffnen und mit möglichster Beschleunigung zu beendigen und Erkenntniß zu erlassen sei. Das Stadtkommissariat hat von dieser Entschließung dem k. Landgerichte Nördlingen Mittheilung gemacht und letzteres hat hierauf wegen fraglicher Wahlumtriebe Untersuchung eingeleitet und nach deren Durchführung am 11. November 1851 ein Erkenntniß und zwar (wie in demselben ausdrücklich angeführt ist) als Civilstrafgericht erster Instanz erlassen, wodurch mehrere Mitglieder der Stadtgemeinde Nördlingen der Uebertretung des Art. 68 der oben allegirten Wahlordnung schuldig erklärt und zu Geldstrafen u. s. w. verurtheilt wurden. Auf die von den Verurtheilten hiegegen an das k. Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde und eventuelle Berufung hat aber genannter Gerichtshof durch Urtheil vom 10. Februar 1852 ausgesprochen, daß das vom k. Landgerichte Nördlingen in seiner Eigenschaft als Civilgericht am 11. November 1851 erlassene Erkenntniß, als von einer incompetenten Behörde erlassen, aufgehoben werde.

Es wurden hierauf die verhandelten Akten dem k. Kreis-

und Stadtgerichte Augsburg zur allenfallsigen Einschreitung auf den Grund des Gesetzes über Versammlungen und Vereine vom 26. Februar 1850 mitgetheilt. Da aber dieses Gericht im Einklange mit dem vom dortigen Staatsanwalte gestellten Antrage mittels Erkenntnißes vom 30. März 1852 aussprach, daß, in Erwägung, daß vorerwähntes Gesetz und insbesondere der Art. 26 desselben auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, daß dagegen eine polizeilich strafbare Uebertretung des noch giltigen Art. 68 der Gemeindewahl-Ordnung indicirt, somit lediglich die einschlägige Polizei-Behörde zur Einschreitung competent erscheine, die Sache zur Aburtheilung an die competente Polizeibehörde verwiesen werde, so hat sonach die k. Regierung von Schwaben und Neuburg vom 12. April 1852 Entschließung dahin erlassen, daß wegen mehrfacher Betheiligung von Mitgliedern des Magistrates der Stadt Nördlingen das k. Landgericht Nördlingen zur Aburtheilung dieser Untersuchungssache delegirt werde.

Gegen vorerwähnte Entschließung hat aber der Magistrat der Stadt Nördlingen zur Wahrung seiner Competenz an das k. Staatsministerium des Innern Beschwerde geführt, und da letzteres die erwähnte Regierungsentschließung vom 12. April 1852 laut Rescriptes vom 12. April 1852 außer Wirksamkeit setzte, dabei jedoch zugleich der k. Regierung von Schwaben und Neuburg die Weisung ertheilte, bei dem vorliegenden, die gerichtliche Zuständigkeit ablehnenden Beschluße des k. Appellationsgerichtes von Schwaben und Neuburg vom 10. Februar 1852 im Hinblicke auf das Gesetz über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 die Frage der Zuständigkeit der Administrativbehörden im concreten Falle nochmal in Erwägung zu ziehen, so hat genannte Regierung laut Entschließung vom 14. Juli 1852 sich dahin ausgesprochen, daß sie in vorliegender Sache die Administrativ-Behörden nicht als zuständig erkenne, und hat hiemit den nunmehr zu entscheidenden negativen Competenz-Conflikt angeregt.

Es wurde sonach bezüglich des angeregten Competenz-Confliktes die durch das Gesetz vom 28. Mai 1850 vorgeschriebene Instruction gepflogen, und sind von der k. Regierung von Schwaben und Neuburg und von dem Anwalte des Karl Pullich und Genossen dem k. Advokaten Noel hiebei Denkschriften eingereicht worden. In ersterer wird auszuführen gesucht, daß die Aburtheilung fraglicher Sache nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Gerichten zukomme; in letzterer wird behauptet, daß ein Competenz-Conflikt gar nicht gegeben, jedenfalls dessen Anregung eine unstatthafte und sonach die Sache hierorts abzuweisen sei.

Eventuell wird darin ebenfalls beantragt, die Sache den Gerichten zuzuweisen.

Nachdem diese Sache in der gestrigen öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichts-Rath Schwertfelner Vortrag, wobei die wichtigeren Aktenstücke verlesen wurden. Hierauf erhielt der für Karl Pullich und Genossen erschienene bevollmächtigte Anwalt, k. Advokat Noel, das Wort und wiederholte nach näherer Beleuchtung der Sache die bereits in seiner obenerwähnten Denkschrift gestellten Anträge. Nach demselben ergriff der Staatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort und stellte nach umständlicher Erörterung der Sache den Antrag, der oberste Gerichtshof möge erkennen, daß zur Entscheidung der fraglichen Untersuchungssache die Verwaltungsbehörden zuständig seien.

Diesem Antrage des Staatsanwaltes mußte auch aus nachstehenden Erwägungen stattgegeben werden.

Was zunächst die Behauptung des Anwaltes des Karl Pullich und Genossen anbetrifft, daß ein Competenz-Conflikt gar nicht gegeben sei, so ist solche unhaltbar, denn ein verneinender Competenz-Conflikt ist gemäß Art. 10 des Gesetzes über Competenz-Conflikte vom 28. Mai 1850 gegeben, wenn sowohl Gerichts- als Verwaltungsbehörden die Zuständigkeit

abgelehnt haben und diese gesetzliche Voraussetzung ist hier vorhanden, weil, nachdem vorerst das k. Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg die Gerichte zur Aburtheilung der fraglichen Untersuchungssache als unzuständig erklärt hatte, durch die k. Regierung von Schwaben und Neuburg auch die Administrativbehörden als hiezu unzuständig erklärt worden sind. Es wird zwar vorgebracht, daß, wenn von beiden Seiten sich dahin ausgesprochen sei, daß die Sache nicht dahin ressortire, sich daraus auch schon ergebe, daß kein strafbarer Reat bestehe, sohin auch von einem Competenz-Conflikte keine Sprache seyn könne; allein die Unhaltbarkeit dieses Vorbringens liegt, da die ergangenen Aussprüche sich nur mit der Frage der Zuständigkeit befassen, von selbst zu Tage. Nur die Zuständigkeit zur Aburtheilung wurde abgelehnt, darüber aber, ob den Beschuldigten eine strafbare That zur Last liege, nichts entschieden, daher dieser Punkt erst seine Erledigung zu erhalten hat.

Auch das Vorbringen, daß die von der k. Regierung von Schwaben und Neuburg geschehene Anregung des Competenz-Conflikts als unstatthaft sich darstelle, da nach dem oben allegirten Art. 10 bei verneinenden Competenz-Conflikten nur den Parteien die Anregung eines solchen zustehe, stellt sich als begründet nicht dar, weil im Hinblicke auf Art. 3, 4 und 5 des oben bezeichneten Gesetzes nicht anzunehmen ist, daß in Fällen, wo das öffentliche Interesse die Anregung eines obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts erfordert, den betreffenden Behörden eine solche Anregung versagt seyn könne, und hienach unter dem im Art. 10 loco cit. gebrauchten Worte „Parteien" nicht bloß eine Privatpartei, sondern auch Andere, die ein gegründetes Interesse an der Lösung des bestehenden Conflikts haben, begriffen und zu verstehen sind.

Die Competenzfrage selbst anbelangend, so will, obwohl nicht behauptet ist, und nach den in Mitte liegenden thatsächlichen Aufstellungen auch durchaus nicht angenommen

werden kann, daß es sich um Vorgänge handelt, welche nach den Bestimmungen unserer Strafgesetze als Verbrechen oder Vergehen strafbar sind, geltend gemacht werden, daß in Gemäßheit der Bestimmungen des Art. 68 der Gemeindewahl-Ordnung vom 5. August 1818 die fragliche Aburtheilung durch die Gerichte zu geschehen habe, da es dort heißt: „die Uebertreter unterliegen vor der ordentlichen Obrigkeit der Strafe," unter ordentlicher Obrigkeit aber nur die Gerichte zu vestehen seien, und überdieß gemäß des allegirten Art. 68 die Verordnungen über unerlaubte Verbindungen und Gesellschaften zur Anwendung zu kommen haben, in solchen aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das ältere Strafgesetzbuch vom Jahre 1751, Thl. II. Cap. 2, §. 10 die Sache den Strafgerichten zugewiesen sei. Richtig ist nun allerdings, daß die Verordnung vom 4. November 1799, erneuert durch Verordnung vom 29. Februar 1804, die Theilnahme an unerlaubten Verbindungen und Gesellschaften unter Hinweisung auf vorerwähnte Stelle des älteren Straf-Gesetzbuches, bezüglich der Anzeigen zur Untersuchung und Bestrafung den Gerichten zuweiset. Diese Bestimmung hat aber durch die späteren veränderten Ressortsverhältnisse und die Bestimmungen des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 alle Wirksamkeit verloren. Das Letztere insbesondere hat nur die Verbrechen und Vergehen, welche es von den bloßen Polizeiübertretungen genau ausgeschieden hat, den Gerichten zugewiesen, daher nun auch alle sonstigen Reate, soferne nicht eine besondere Ausnahme gemacht wurde, und insbesondere alle Polizeiübertretungen hienach dem Wirkungskreise der Verwaltungsstellen anheim fielen.

Es ist hienach die in einer der eingekommenen Denkschriften aufgestellte Behauptung, daß das Strafgesetzbuch vom Jahre 1813 an den früheren Competenz-Verhältnissen nichts geändert und daß es nur jene geringeren Rechtsverletzungen, welche bereits durch besondere Vorschriften den Polizeibehörden zugewiesen gewesen, in die Categorie der

Polizeiübertretungen gestellt habe, unrichtig und im Widerspruche mit Art. 2 dieses Gesetzbuches und den Anmerkungen hiezu Band I. S. 79, wo mit klaren Worten die geschehene Erweiterung oder vielmehr Aenderung deutlich ausgesprochen ist.

Hiemit im vollen Einkange steht auch, daß sich in der hienach erschienenen, das Verbot der Theilnahme an unerlaubten Verbindungen erneuernden Verordnung vom 13. September 1814, die in den Verordnungen vom 4. November 1799 und 29. Februar 1804 geschehene Hinweisung auf das ältere Strafgesetzbuch nicht mehr findet, und ergibt sich hiemit, daß hienach die Uebertretung des Verbotes der Theilnahme an unerlaubten Verbindungen an sich, das heißt, wenn die betreffenden Verbindungen nicht etwa nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 ein Verbrechen oder Vergehen involvirten, lediglich als polizeilich strafbarer Reat anzunehmen, und der Competenz der Polizeibehörden zugewiesen war. Der §. 68 der Gemeindewahlordnung hat hieran nichts geändert, und völlig unrichtig ist die Behauptung, daß unter dem dort gebrauchten Ausdrucke „ordentliche Obrigkeit" nur die Gerichte zu verstehen seien; denn es bezeichnet dieser Ausdruck nur die betreffende Behörde überhaupt, und kann um so weniger blos auf die Gerichte bezogen werden, als selbst auch die Strafgewalt in den betreffenden Fällen anderen Behörden zusteht.

In der in den Denkschriften in Bezug genommenen Ministerialentschließung vom 24. Juni 1832 kommt zwar vor, daß die Gemeindewahlordnung sowohl die Verletzung der Wahlfreiheit durch Mißbrauch der Amtsgewalt oder Bestechung, (Art. 36) als auch die Beeinträchtigung der Wahl-Freiheit durch unerlaubte Zusammenkünfte und Verbindungen (Art. 68) zur Bestrafung an die Gerichte überweise; allein in der Wahlordnung selbst findet sich nur im Art. 36 das Wort „Gerichte" nicht aber auch im Art. 68, wo es nur heißt „vor ordentlicher Obrigkeit," und bei der Verschiedenheit der Reate, welche in diesen beiden Artikeln behandelt

sind, klärt sich von selbst auf, warum im Art. 68 eine andere Benennung der betreffenden Behörde als im Art. 36 gebraucht wurde.

Den im Art. 68 gebrauchten Ausdruck: „ordentliche Obrigkeit" als gleichbedeutend mit dem Worte: „Gericht" anzunehmen, geht um so weniger an, als ja die besagte Wahlordnung auch im Art. 34 den Ausdruck „ordentliche Behörde" (Obrigkeit) gebraucht, bezüglich dieses Artikels aber selbst in vorerwähnter Ministerialentschließung anerkannt ist, daß es sich dort nicht von der Zuständigkeit der Gerichte handle.

Dem Angeführten zufolge läßt sich sofort nicht annehmen, daß der Art. 68 der Gemeindewahlordnung einen rechtlichen Grund darbieten könnte, die Bestrafung der hier in Frage stehenden Thatsachen den Gerichten zuzuweisen, und da ein anderes Gesetz, durch welches eine solche Zuweisung gerechtfertigt werden könnte, nicht existirt, die Frage, ob nicht das Gesetz über Versammlungen und Vereine vom 26. Febr. 1850 in Anwendung zu kommen habe, bereits durch den Beschluß des k. Kreis- und Stadtgerichts Augsburg vom 30. März 1852 ihre Erledigung erhalten hat und hier nicht weiter in Beachtung kommen kann, so kann obiger Erörterung zufolge sich nur für die Competenz der Verwaltungs-Behörden ausgesprochen und mußte demnach, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 26. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichts-Director Freiherr v. Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, II. Staatsanwalt Dr. Lotz und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

# XLIII.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 26. April 1853 bezüglich des zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Wassertrüdingen als Justizbehörde in Sachen des Hänlein Salomon Kohn in Wassertrüdingen gegen die Gemeinde Unterschwaningen wegen Kriegskostenforderung entstandenen Competenz-Conflikts.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 22, S. 655—672.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs bezüglich des zwischen der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, und dem k. Landgerichte Wassertrüdingen als Justizbehörde in Sachen des Hänlein Salomon Kohn in Wassertrüdingen gegen die Gemeinde Unterschwaningen wegen Kriegskostenforderung entstandenen Competenz-Conflikts hiemit zu Recht:

> „daß das k. Landgericht Wassertrüdingen als Justizbehörde zur Verhandlung und Entscheidung der Klage des Hänlein Salomon Kohn de praes. 23. September 1850 nicht competent sei."

**Gründe:**

Der Schmiedmeister Adam Stäudlein, ehedem Orts-Vorsteher in Unterschwaningen, hatte während dieser Amtsführung auch das Cassa- und Rechnungswesen, sowie das Kriegskostenwesen dieser Gemeinde besorgt. Durch eine Entschließung der k. Regierung des Rezatkreises, Kammer des Innern, vom 14. Dezember 1833, betreffend die vorgenommene Superrevision der Kriegskostenrechnungen der Gemeinde Unterschwaningen, wurde auf Grund der fortgesetzten Rechnungsabschlüsse bei einer Einnahme von 5504 fl. 10 kr. 2 dl.

und der Ausgabe von 6406 fl. 16 kr. 3 dl. ein Rechnungs-Guthaben des vormaligen Ortsvorstehers Stäudlein ad 902 fl. 6 kr. 1 dl. festgestellt, „dessen Ersatz derselbe zu fodern habe." Dabei wurde die Erledigung der nach dieser Entschließung noch bestehenden Reservatpunkte binnen vier Wochen angeordnet, und „die Festsetzung der allenfallsigen Ersatzposten des Stäudlein," sowie die weitere Verfügung wegen der definitiven Abrechnungspflege mit demselben bis dahin vorbehalten. Dieser Revisionsbeschluß beschritt die Rechtskraft.

Durch Finalresolution der k. Regierung, Kammer des Innern, vom 4. Juni 1834 wurde sodann das k. Land-Gericht Wassertrüdingen angewiesen, die Einziebung mehrerer bezeichneter Ausstände mit allem Nachdruck zu betreiben, und dafür zu sorgen, daß der sich hierdurch bildende Ueberschuß ad 1318 fl. 56 kr. 1 dl. zur Berichtigung des nach der Entschließung vom 14. Dezember 1833, 902 fl. 6 kr. 1 dl. betragenden Rechnungsguthabens des Stäudlein sofort verwendet, und der rechnungsmäßige Nachweis hierüber baldthunlichst beigebracht werde, zu welchem Behufe das k. Land-Gericht das Weitere zu verfügen, und für baldige Abrechnungspflege mit dem Stäudlein zu sorgen habe.

Auch gegen diese Entschließung wurde von keiner Seite Recurs ergriffen.

Am 24. Mai 1843 stellte nun aber der k. Advokat Hauck Namens des Stäudlein auf Grund der Regierungs-Entschließung vom 14. Dezember 1833 und weil die Gemeinde bisher keine Schritte zur Berichtigung des Guthabens gethan habe, bei dem k. Landgerichte Wassertrüdingen den Antrag auf Erlassung eines Zahlungsmandats bezüglich der Forderung ad 902 fl. 6 kr. 1 dl. sammt Verzugszinsen zu 5 pCt. von der Zeit der geleisteten Vorschüsse an. Diesem Antrage entsprechend erließ das Landgericht sub 28. Mai 1844 den Zahlungsauftrag unter Androhung der Execution. Am 16. Oktober 1844 kam das Anrufen um Verfügung der Execution ein. Ehe aber darauf decretirt war, cedirte

Städlein die Foderung sub 1. März 1845 an den H. S. Kohn in Wassertrüdingen, auf dessen Anrufen und Vollstreckung der Execution das Landgericht sub 2. September 1845 lediglich nochmals ein Zahlungsmandat erließ. Nun aber reichte Advokat Greiner, Namens der Gemeinde, am 9. Oktober 1845 eine Exceptionsschrift ein, in welcher, weil nicht ersichtlich sei, ob das Landgericht als Justiz- oder als Administrativbehörde also competenzmäßig verfahren habe, die Einlassung verweigert, eventuell aber unter anderm die exceptio sub — et obreptionis opponirt wurde, weil die Entschließung vom 14. Dezember 1833 keineswegs, wie es in dem Anrufen vom 24. Mai 1843 heißt, besage, daß die Gemeinde Unterschwaningen den Ersatz zu leisten habe. Der Antrag müsse daher um so mehr abgewiesen werden, weil die Rechnung des Städlein zur Zeit noch gar nicht richtig gestellt sei. Es wurden noch die Schlußerklärungen abgegeben, dann aber durch das landgerichtliche Erkenntniß vom 5. August 1848 der Antrag vom 24. Mai 1843 abgewiesen und zwar den Gründen zufolge wegen Mangels der Competenz des k. Landgerichts als Justizbehörde, indem Streitigkeiten über Vertheilung der Kriegslasten und daraus entspringende Entschädigungsansprüche nach der Verordnung vom 3. Jänner 1807 und dem Gesetze vom 22. Juli 1819 zur administrativ-contentiösen Competenz gehörten.

Das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 10. März 1849 dagegen sprach die Abweisung des Antrages nur in angebrachter Art aus, weil die Bedingungen zum Mandats-Prozesse nicht gegeben seien, die Competenz des Civilrichters aber angenommen werden müsse, indem Implorant sein Recht aus der Entschließung vom 14. Dezember 1833 ableite, und die Frage, ob kraft dieser die Gemeinde zur Zahlung in Haupt- und Nebensache verbunden sei, eine zur Justizbehörde competirende Rechtsfrage ausmache.

Revision wurde nicht ergriffen.

Am 23. September 1850 reichte sodann Advokat Hauck

Namens des H. S. Kohn bei dem k. Landgerichte Wassertrüdingen eine auf die Regierungsentschließung vom 14. Dezember 1833 und die erfolgte Cession der Forderung gestützte Klage ein mit dem Petitum: nach Verhandlung der Sache im gewöhnlichen Verfahren die Gemeinde zur Zahlung des Guthabens nebst Verzugszinsen von 1826 an für verbunden zu erklären.

Zur Begründung der Klage wurde unter anderm angeführt: Stäudlein (in dessen Geschäftssphäre als Ortsvorsteher nämlich die Führung des Gemeinderechnungs- und Cassawesens nicht lag), habe dieses mit Vorwissen und Zustimmung der Gemeinde besorgt, und es sei diese Geschäftsführung nachfolgend auch durch Entschließung der k. Regierung vom 21 August 1833 genehmigt worden. Stäudlein erscheine daher als Bevollmächtigter der Gemeinde, und sei als solcher nach Thl. I. Tit. 13, §. 70 des preußischen Landrechts noch vor Beendigung des Geschäfts für seine gehabten Auslagen zu entschädigen gewesen, weßwegen er auch die 5proc. Verzugszinsen zu fordern berechtiget sei.

Diese Klage wurde durch Decret vom 30. September 1850 zur Verhandlung ausgesetzt.

In der Vernehmlassung setzte die beklagte Gemeinde die Einrede der Incompetenz der Civilgerichte entgegen, bediente sich eventuell mehrerer dilatorischer Einreden, ließ sich eventuell durchaus verneinend ein, und opponirte die Einreden der Verjährung der Klage, der Zahlung und der Compensation, da Stäudlein auf Rechnung der Gemeinde 1882 fl. 41 kr. eingenommen, solche aber nicht abgeliefert und nicht verrechnet habe. Durch eine von der Beklagten zugleich auch bei der k. Regierung von Mittelfranken, Kammer des Innern, eingereichte Vorstellung erhielt die letztere Kenntniß von der Sache, und nahm, nachdem inzwischen noch die Replik und Duplik abgegeben war, und die Gemeinde durch landgerichtliches Decret vom 16. April, bestätigt durch Regierungsentschließung vom 28. April 1851 den Streitconsens

erhalten hatte, mittels Entschließung vom 9. Juli 1851 unter Anregung des Competenz-Confliktes die Austragung dieser Sache als zur Competenz der Administrativstellen gehörig in Anspruch. Der Competenz-Conflikt wurde sonach von dem k. Landgerichte Wassertrüdingen in Gemäßheit §. 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 instruirt, vom k. Advokaten Hauck, Namens des Klägers eine Denkschrift de praes. 25. August 1851 eingereicht und principaliter mit Hinsicht auf das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 10. März 1849 gemäß Art. 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, sowie mit Hinsicht auf die in der Entschließung der k. Regierung vom 28. April 1851 liegende Anerkennung der civilrichterlichen Competenz der Antrag auf den Ausspruch gestellt, daß ein Competenz-Conflikt nicht gegeben sei.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 26. April 1853 aufgerufen war, da deren Verhandlung in der Sitzung am 25. nicht mehr hatte vorgenommen werden können, erstattete der ernannte Referent, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der k. Staatsanwalt das Wort erhielt, und nach Erörterung des Sachverhältnisses den Antrag stellte auf das Erkenntniß:

„daß die Anregung des Competenz-Confliktes als verspätet zurückzuweisen sei, eventuell:

daß die Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Klage des H. S. Kohn von Wassertrüdingen vom 30. Juli, eingereicht den 23. Sept. 1850, gegen die Gemeinde Unterschwaningen wegen Foderung von Kriegskosten zuständig seien."

Diesen Anträgen war jedoch nicht stattzugeben. Denn

1) das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 10. März 1849 ist in dem mit dem Anrufen um ein Zahlungs-Mandat vom 24. Mai 1843 begonnenen Prozesse ergangen, welcher durch dieses Erkenntniß seine Erledigung

fand, indem das Anrufen in angebrachter Art abgewiesen wurde. Verschieden von diesem ist aber der Rechtsstreit, welcher in Folge der Klage vom 23. September 1850 eingeleitet wurde, auf welchen also das in dem früheren Prozesse ergangene Erkenntniß keinen Einfluß mehr hat. Für jetzt handelt es sich um die Frage, ob das Land-Gericht Wassertrüdingen als Justizbehörde für die am 23. September 1850 gestellte Klage competent sei, und darüber liegt noch kein rechtskräftiges Erkenntniß vor. So wenig die Partei durch das in dem früheren Prozesse ergangene Erkenntniß gehindert wäre, der Klage vom 23. September 1850 abermals die Einrede der Incompetenz des Civilrichters entgegen zu setzen, ebensowenig steht dasselbe der Administrativbehörde im Wege, um jetzt, nachdem sie von dem früheren Prozesse ohnehin keine Kenntniß erhalten hatte, ihre Competenz für die Sache geltend zu machen.

Was dagegen die Entschließung der k. Regierung, Kammer des Innern, vom 28. April 1851 betrifft, so sind die Gemeindecuratelbehörden laut §. 208 lit. c der Vollzugsvorschriften zum revidirten Gemeindedicte allerdings angewiesen, den Streitconsens zu verweigern, wenn die Nichtcompetenz der Gerichte durch bestimmte Gesetze jedem denkbaren Zweifel entrückt ist. Allein daraus folgt nur, daß die k. Regierung, deren Entschließung vom 28. April 1851 eben auf diese Stelle der Vollzugsvorschriften verweiset, der Ansicht war, daß die Competenzfrage in dieser Art zweifellos nicht gestellt sei. Sie konnten also den Streitconsens ertheilen, ohne daß sie dadurch die civilrichterliche Competenz als jedem denkbaren Zweifel entrückt anerkannte, und ohne daß sie dadurch gehindert wäre, über die Competenzfrage noch die Entscheidung des obersten Gerichtshofs zu provociren, besonders da Art. 5 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 es keineswegs der Willkür der Verwaltungs-

Stellen anheimgibt, die Competenz-Conflikte anzuregen oder nicht.

Die Bestimmung des §. 2 des Gesetzes, die Competenz-Conflikte betreffend, findet sohin keine Anwendung hieher.

2) Die Competenzfrage selbst betreffend, so wurde

a) durch die Verordnung vom 3. Januar 1807, Reg.-Blatt Seite 53, die Ausgleichung der Kriegslasten, und die Entscheidung desfallsiger Entschädigungs-Ansprache zur administrativ-contentiösen Competenz verwiesen, und gemäß der Verordnung vom 13. April 1811, Reg.-Bl. S. 490, wurde die Peräquation auch für einzelne, nicht nach einem allgemeinen Maßstabe geleistete Geldvorschüsse zu Kriegslasten angeordnet, nachdem noch die Verordnung v. 23. Febr. 1809, Reg.-Bl. S. 385, nur die Lasten der Einquartierung, Kriegsfuhren und Naturallieferungen als Gegenstände der Peräquation bezeichnet hatte.

An diesem Verhältnisse wurde auch durch das Gesetz vom 22. Juli 1819 über die Peräquation der Kriegslasten nichts geändert, indem dasselbe hauptsächlich nur die Ausscheidung der Kriegslasten, in allgemeine Landeslasten, in gemeinsame Lasten des Kreises, in solche von Bezirken, oder Gemeinden und Individuen, dann die Festsetzung des Vergütungs-Maßstabes bezweckte, übrigens aber den Gegenständen der Peräquation in Art. 4, Nr. 10 und Art. 5, Nr. 9 auch selbst noch die zur Bestreitung von Kriegslasten aufgenommenen Capitalien beifügte. Die Competenzverhältnisse dagegen blieben unberührt und die Verordnung vom 17. Dezember 1825, §. 28, Reg.-Bl. S. 1066, bezeichnet ebenfalls die Entschädigungsfoderung für Kriegslasten und Kriegs-Schäden als zur Competenz der Kreisregierungen gehörig. Daraus

b) ergibt sich, daß zur Begründung der civilrichterlichen Competenz für die Klage vom 23. September 1850 nicht das Verhältniß des Klägers als eines negotiorum gestor der Gemeinde Unterschwaningen hervorgehoben werden kann. Da nämlich nach der Verordnung vom 13. April 1811 auch die zu Kriegs-Kosten geleisteten einzelnen Geldvorschüsse Gegenstand der Peräquation sind; so stellt sich die negotiorum gestio nicht als ein solcher Privatrechtstitel dar, welcher auf Grund der Verordnung vom 3. Jänner 1807 die Zuständigkeit des Civilrichters begründet.

Allerdings hat diese Verordnung die letztere für diejenigen Streitigkeiten wegen Kriegslasten gewahrt, deren Entscheidung von den zwischen den streitenden Theilen bestehenden Privatrechten abhängt. Allein dieses setzt voraus, daß Kriegslasten nicht der unmittelbare Gegenstand, sondern nur die Veranlassung des Streites sind, wie z. B. bei einem Streit zwischen dem Pächter und dem Gutseigenthümer über die Verbindlichkeit zur Uebernahme oder zum Ersatz der Kriegslasten. Von einem derartigen Verhältnisse ist aber hier nicht die Rede.

Stäudlein, welcher das Cassa- und Rechnungs-Wesen der Gemeinde, sei es nun mit oder ohne deren erklärten Einwilligung besorgte, und selbst auch concurrenzpflichtig war, hat bei dieser Gelegenheit, wie aus der Regierungsentschließung vom 14. Dezember 1833 zu entnehmen ist, mehr für Kriegslasten verausgabt, als wozu er nach den Einnahmen und der Repartition verbunden war. Dieses Mehr ist sohin entweder eine Prägravirung oder ein Vorschuß im Sinne der Verordnung vom 13. April 1811, also Gegenstand der Prärogation und als solcher zu den Administrativbehörden ressortirend. Diesem zufolge

c) wurde die Entschließung vom 14. Dezember 1833,

betreffend den Ersatz des von Stäudlein zu den Kriegskosten der Gemeinde gemachten Vorschusses ad 902 fl. 46 kr. 1 pf., sowie die weitere Entschließung vom 4. Juni 1834 von der damals bestandenen Regierung des Rezatkreises, Kammer des Innern, in den Gränzen ihrer Competenz erlassen.

Es kann sich also nunmehr nur noch um den Vollzug dieser Entschließungen handeln, nicht aber von einer auf Grund derselben bei dem Civilrichter zu erhebenden Klage, in deren Folge das Rechnungs-Wesen, in welchem die Ersatzfoderung sich ergab, in Frage gestellt, das Revisionsgeschäft von dem Civil-Richter wieder aufgenommen, und der Rechnungs-Bescheid außer Wirksamkeit gesetzt würde, wie dieses zufolge des exceptivischen Vorbringens vorliegend auch beabsichtiget wurde.

Für den Vollzug eines Bescheides oder Erkenntnisses aber ist immer auch nur jene Behörde zuständig, welche denselben competenzmäßig erlassen hat. Daher ist die in der Denkschrift des Klägers enthaltene Deduction nicht zutreffend, daß es sich in dem vorliegenden Prozesse nirgends mehr um einen Streit über Ausgleichung der Kriegslasten unter den Mitgliedern der ehedem bestandenen Kriegsstation, und nicht um eine Beschwerde oder einen Entschädigungs-Anspruch wegen Prägravirung gegen den Repartitionsfuß handle, daß die Kreisausgleichung und die Separatausgleichung der Station unter sich bereits erfolgt sei, und die Gemeinde Unterschwaningen von anderen Bezirken und Gemeinden verschiedene Summen erhalten habe, welche, wie die der Klage angelegten Rechnungen entnehmen ließen, zu gemeindlichen Zwecken verwendet wurden.

Denn alle diese Umstände ändern an der Competenz der k. Regierung, Kammer des Innern, zur

Erlassung der Entschließung vom 14. Dezember 1833 und 4. Juni 1834 nichts ab, deren Gegenstand nach Beendigung der Kreisausgleichung nun die Ausgleichung unter den Mitgliedern der Gemeinde Unterschwaningen selbst betrifft, weswegen sich die k. Regierung, Kammer des Innern, in der an das Land-Gericht Wassertrüdingen sub 9. Juli 1851 erlassenen Entschließung mit Recht auf die Verordnung vom 3. Januar 1807 und auf den Grundsatz bezieht, daß der Vollzug dieser von ihr competenzmäßig erlassenen Entschließungen von 1833 und 1834 auch nur ihr selbst zustehen könne. Die klägerische Denkschrift sucht zwar

d) das Sachverhältniß auch so darzustellen, daß die Regierungsentschließung vom 14. Dezember 1833 der Super-Revisionsbescheid der Curatelbehörde der Gemeinde auf die von Stäudlein gelegten Gemeinde-Rechnungen sei, da die der Klage angelegten vier Rechnungen nicht lediglich die Verwendung der Einnahmen zur Bestreitung der Kriegskosten, sondern auch für anderartige gemeindliche Zwecke beträfen, daß also die Gemeinde auch aus dem Titel der versio in rem civilrechtlich hafte, die Curatelbehörde aber nur auf die Rechnungsrevision und den Rechnungsbescheid beschränkt und nicht competent sei zur Entscheidung rechtlicher Ansprüche, welche an das Vermögen der Gemeinde gemacht werden.

Allein beide Entschließungen von 1833 und 1834 sind im Betreffe des Kriegskostenwesens der Gemeinde Unterschwaningen ergangen, und aus diesem Rechnungswesen, insbesondere betreffend die Verpflegung des 1806 im Quartier gestandenen k. französischen Obersten Dumoustier, hat sich der Vorschuß ergeben, dessen Ersatz dem Stäudlein zugesprochen wurde, und welchen die Entschließung vom 4. Juni 1834 angeordnet hat. Diese Beschlüsse beruhen also auf der in der Verordnung vom 3. Januar 1807 bezüglich der Kriegs-

Kostenausgleichung enthaltenen Competenzbestimmung. Aber das k. Landgericht als Justizbehörde würde, die Sache auch in dem obigen Gesichtspunkte betrachtet, dennoch für die Klage nicht zuständig seyn. Es würde dann vielmehr die Bestimmung des Gemeindeedicts v. 17. Mai 1818 §§. 105, 127, 131 verglichen mit der Verordnung vom 5. November 1826 Art. V. und VI. Reg.-Bl. S. 772 zur Anwendung kommen, wornach der Rechnungsbescheid vor allem zum Vollzug gebracht werden müßte, obgleich die Gemeinde, wie sich aus ihrer Exception ergibt, Gegenforderungen an den Kläger zu haben behauptet.

Wegen dieser müßte sie selbst den Rechtsweg nach geleisteter Zahlung an den Kläger erst betreten. Die k. Regierung, Kammer des Innern, hat sich also in der Entschließung vom 9. Juni 1851 auf die Verordnungen vom 20. Oktober 1812, §. 19, Reg.-Bl. S. 1785 und vom 11. Jänner 1826, §. 32, Reg.-Bl. S. 169 ebenfalls wieder mit Recht bezogen. Der Kläger aber tritt durch die Einschlagung des Rechtsweges mit der Klage vom 23. September 1850 seinem Interesse selbst entgegen, indem dadurch seine resp. seines Cedenten bereits entschiedene Sache durch einen voraussichtlich langwierigen und kostspieligen Prozeß von Neuem in Frage gestellt würde.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 26. April 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichtsdirector Freiherr von Tautphöus, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Sperl, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, II. Staatsanwalt Dr. Lotz, Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

# XLIV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, betr. den Competenz-Conflikt des k. Appellationsgerichts und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, in der Untersuchung gegen Nikolaus Fuß, Gemeinde-Vorsteher zu Premich, wegen Jagdfrevels.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 30, S. 838—843.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt des k. Appellationsgerichts und der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, in der Untersuchung gegen Nikolaus Fuß Gemeindevorsteher zu Premich, wegen Jagdfrevels zu Recht:

„daß zur Entscheidung der Berufung des Nikolaus Fuß gegen den Strafbeschluß des k. Landgerichts Bischofsheim vom 7. August 1850 das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg zuständig sei."

**Gründe:**

Wegen des von dem Gemeindevorsteher Nikolaus Fuß zu Premich am 24. Januar 1850 in der k. Staatswaldung Buchenruh verübten und von dem Forstamte Neustadt an der Saale bei dem k. Landgerichte Bischofsheim zur Anzeige gebrachten Wildfrevels wurde unterm 7. Februar 1850 Untersuchung eingeleitet, und nach deren Durchführung von dem erwähnten Gerichte unterm 7. August 1850 ein Strafbeschluß gegen den Angeschuldigten erlassen.

Nik. Fuß erhob hiewegen Beschwerde an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, welche Behörde sich jedoch unter Bezug auf die Bestimmungen der Art. 9 und 11 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, zur Entscheidung dieser Beschwerde nicht für zuständig erachtete, und da-

her dieselbe nebst Akten mit Entschließung vom 17. Oktober 1850 dem kgl. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg zur Erledigung zufertigte.

Dieser Gerichtshof lehnte jedoch gemäß Schreiben vom 10. Dezember 1850 unter Rücksendung der Communicate eine Zuständigkeit in dieser Sache ebenfalls ab, von der Ansicht ausgehend, daß dem Gesetze vom 25. Juli 1850 nach Art. 11 keine rückwirkende Kraft zukomme, somit dasselbe auf den bereits am 24. Januar 1850 verübten Reat keine Anwendung finden könne.

Die k. Regierung suchte hierauf in einem neuerlichen Beschlusse vom 18. Januar 1851 ihre Ansicht für die Competenz der Justizstellen in dieser Sache aufrecht zu erhalten, und sendete daher die Akten nebst Beschwerde abermal zur Entscheidung an das k. Appellationsgericht; allein auch dieses beharrte unter wiederholter Darlegung der Gründe auf seiner frühern Incompetenzerklärung, und ließ sofort die Akten unterm 31. Januar 1851 wieder an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, zurückgehen.

In Folge dessen hat diese Stelle durch Entschließung vom 10. Juli 1851 das k. Kreisfiscalat von Unterfranken und Aschaffenburg angewiesen, die Entscheidung des obwaltenden negativen Competenz-Conflikts anzuregen, welchem Auftrage dasselbe durch Eingabe an den obersten Gerichtshof vom 26. Juli 1851 entsprach, und mit Bezug auf die in der erwähnten k. Regierungsentschließung erörterten Gründe den Antrag stellte, auszusprechen:

„daß das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg in dieser Sache competent sei.“

Von dem k. Landgerichte Bischofsheim erfolgte nun die erforderliche Instruktion nach Maßgabe des Artikels 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, wobei jedoch von keiner Seite eine Denkschrift eingelaufen ist.

Nachdem nun diese Sache heute in öffentlicher Sitzung aufgerufen worden war, erstattete der zum Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart unter Verlesung der erheblichen Aktenstücke Vortrag, worauf, da von Seite der Betheiligten, richtiger Ladung ungeachtet, Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort erhielt, und nach näherer Erörterung den Antrag stellte, zu erkennen:

„daß zur Entscheidung der Berufung des Nikolaus Fuß gegen den Strafbeschluß des k. Landgerichts Bischofsheim vom 7. August 1850 das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg zuständig sei."

Dieser Antrag stellt sich als begründet dar. Denn nach Art. 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, ist bezüglich der polizeilich strafbaren Jagdfrevel — wie ein solcher hier in Frage steht — die Untersuchung und Aburtheilung nach den für die Behandlung der Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften der Competenz der Civilgerichte zugewiesen und dann im Art. 11 weiter verordnet, daß dieses Gesetz vom Tage seiner Verkündigung an in allen Landestheilen diesseits des Rheins in Wirksamkeit trete.

Da nun ein neues Gesetz, soweit es nur eine Aenderung der bisherigen Competenzverhältnisse ausspricht, um welche es sich dermalen hier allein handelt, regelmäßig mit dem Tage seiner Veröffentlichung allgemein in Anwendung zu bringen ist, — Heffter Deutsch. Crim.-Recht §. 21 I., — so ergibt sich von selbst, daß mit dem 20. August 1850 als dem Tage der Publikation des Gesetzes vom 25. Juli 1850, nicht nur bezüglich aller von dort an sich ergebenden, sondern auch aller bereits vorher zur Untersuchung gekommenen aber noch nicht erledigten polizeilich strafbaren Jagdfrevel die Competenz der Polizeibehörden erloschen, und solche an die Civilgerichte übergegangen ist.

Hieraus folgt nothwendig, daß bezüglich des dermalen in Frage stehenden Reates des Nikolaus Fuß, welcher sich zwar bereits vor dem 20. August 1850 ergeben hatte, aber bis dahin noch nicht erledigt war, nur die Civilgerichte als zuständig erscheinen, und daher allerdings das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg zur Entscheidung der Beschwerde des Nikolaus Fuß für competent erachtet werden mußte. Hienach war wie geschehen zu erkennen.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, Geheim- und Ministerialrath von Bezold, Oberappellations-Gerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, der Gereralstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, und Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XLV.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem Magistrate und der Stadt Würzburg und dem k. Kreis- und Stadtgerichte daselbst in Sachen der Kaufmannswittwe Marg. Schmitt zu Würzburg gegen den praktischen Arzt Dr. Lobach daselbst, Miethzins betr.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 30, S. 855—864.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem Magistrate der Stadt Würzburg und

dem k. Kreis- und Stadtgerichte daselbst, in Sachen der Kaufmannswittwe Margaretha Schmitt zu Würzburg gegen den praktischen Arzt Dr. Lobach daselbst, Miethzins betreffend, hiemit zu Recht:

„daß der Stadtmagistrat zu Würzburg für die Vollziehung seines Beschlusses vom 7. März 1851 competent sei."

**Gründe:**

Der praktische Arzt Dr. Lobach in Würzburg hatte ein im Hause der Kaufmannswittwe Schmitt daselbst ohne Errichtung eines schriftlichen Vertrages gemiethetes Quartier am 18. Juni 1849 bezogen. Derselbe wollte nun die übliche vierteljährige Kündigungszeit auch nur nach dem Zeitpunkt seines Einzuges bemessen, die Wittwe Schmitt dagegen, an die in Würzburg bestehenden Miethziele Lichtmeß, Walburgis, Jacobi und Allerheiligen sich haltend, die bereits im November 1850 geschehene Kündigung nur darnach, also nicht für Mitte März, sondern für den Monat Mai annehmen.

Um nun wegen dieser Differenz spätere Anstände bei dem Verlassen der Wohnung zu beseitigen, machte Dr. Lobach die Sache bereits am 30. Jänner 1851 bei dem Stadt-Magistrate als Polizeibehörde anhängig mit dem Antrag auf Zurückweisung der Wittwe Schmitt mit weiteren Ansprüchen auf Miethzins als bis zum 15. März.

Nach verhandelter Sache erfolgte der Magistratsbeschluß vom 7. März 1851 dahin: daß Dr. Lobach mit seinem gestellten Antrage gegen Wittwe Schmitt abgewiesen werde und verbunden sei, derselben den Miethzins bis zum 1. Mai zu entrichten.

Rekurs wurde nicht ergriffen.

Am 13. Mai 1851 stellte hierauf die Wittwe Schmitt bei dem Stadtmagistrate den Antrag, den Dr. Lobach zur Zahlung des Miethzinses bis 1. Mai ad 127 fl. 30 kr. anzuhalten. Zugleich erhob sie eine weitere Miethzinsforderung gegen denselben ad 170 fl. bis Allerheiligen nämlich, weil

Dr. Lobach nicht gekündigt, und auch die Schlüssel zu der von ihm verlassenen Wohnung in Handen behalten habe.

Auch dieser Antrag wurde zwar verhandelt, die Wittwe Schmitt dann aber durch magistratischen Beschluß vom 16. Juli 1851 mit dieser weiteren Forderung an das Civilgericht verwiesen, weil Dr. Lobach das Quartier bereits verlassen hatte. Aber auch der am 12. Oktober 1851 gestellte Antrag der Schmitt, dem Dr. Lobach wegen des bis 1. Mai 1851 fällig gewordenen Miethzinses ad 127 fl. 30 kr. die Zahlung binnen der gesetzlichen Frist bei Vermeidung der Exekution aufzutragen, wurde durch magistratischen Beschluß vom 18. November 1851 zum Civilgericht verwiesen und zwar aus dem, dem Beschlusse vom 16. Juli unterstellten Grunde.

Gegen diesen Beschluß vom 18. November 1851 ergriff die Schmitt den Recurs zur k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, aber ohne Erfolg, indem gemäß Entschließung vom 22. Jänner 1852 unter Anerkennung zwar der Competenz des Magistrats zur Verbescheidung der fraglichen Miethdifferenz die Zulässigkeit der Erstreckung derselben auf den Vollzug des Beschlusses durch Erlassung des Zahlungsmandats verneint, und die Execution als Sache des Civilgerichts erklärt wurde. Zufolge der Regierungsentschließung vom 19. Mai 1852 war endlich auch der, von der Wittwe Schmitt noch eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde mit eventueller Berufung vom k. Staats-Ministerium des Innern keine Folge gegeben worden.

Nun stellte am 15. Juni 1852 der k. Advokat Dr. Hartmann, Namens der Wittwe Schmitt bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Würzburg auf Grund der zu adhibirenden Akten des Stadtmagistrates den Antrag: gegen den beklagten Dr. Lobach ein unbedingtes Mandat zu erlassen, daß derselbe schuldig sei, an die Klägerin den Miethzinsrest für 1½ Quartal im Betrage von 127 fl. 30 kr. nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom 1. Mai 1851 an binnen 4 Wochen bei

Vermeidung der Mobiliarexecution zu zahlen, oder binnen 14 Tagen zerstörlicher Frist sofort in der Executionsinstanz zuläßige Einreden vorzubringen, und sein Executionsgegenvorschlagsrecht geltend zu machen.

Durch Beschluß vom 22. Juni 1852 wurde dieser Antrag jedoch abgewiesen in der Erwägung, daß die Implorantin lediglich die Erlassung eines Executionsmandats verlange auf Grund eines vom Stadtmagistrate erlassenen Beschlusses, daß es aber nicht in der Befugniß der Gerichte stehe, Beschlüsse von Polizeibehörden in Vollzug zu setzen.

Als hierauf Advokat Dr. Hartmann mit Eingabe zum obersten Gerichtshofe vom 21. Juli 1852 um Entscheidung des obwaltenden negativen Competenz-Conflikts bat, bedeutete das k. Kreis- und Stadtgericht demselben mit Decret vom 30. Juli 1852, daß im Decret vom 22. Juni keineswegs die Zuständigkeit in vorwürfiger Sache abgelehnt, sondern nur die Erlassung eines Executionsmandats verweigert worden sei, weil dazu die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Der Antrag vom 15. Juni 1852 sei also nur folgeweise wegen Mangels einer eventuell gestellten weiteren Bitte abgewiesen worden. Advokat Dr. Hartmann habe sich daher binnen 8 Tagen zu erklären, ob er auf der Instruktion des Competenz-Conflikts bestehe.

Am 9. August 1852 gab derselbe hierauf eine bejahende Erklärung ab, weil der Wittwe Schmitt nicht zugemuthet werden könne, die ihr rechtskräftig zuerkannte Forderung nochmals auf dem Civilrechtswege förmlich ein- und durchzuklagen, weder die Polizei- noch die Justizbehörde aber sich für zuständig erachte, den von der ersteren competenzmäßig gefaßten Beschluß vom 7. März 1851 zu vollziehen.

Der Conflikt wurde sofort instruirt. Vom Advokaten Dr. Hartmann wurde statt der Denkschrift auf die Recursschrift vom 13. Dezember 1851 und auf die Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Februar 1852 Bezug genommen, von anderer Seite aber eine Denkschrift nicht eingereicht.

Nachdem die Sache in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 20. Juni 1853 aufgerufen war, erstattete der ernannte Referent, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Vortrag, worauf, da von den geladenen Parteien keine erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt das Wort erhielt, und den motivirten Antrag stellte auf das Erkenntniß:

„daß in dieser Sache die Verwaltungsbehörden competent seien.

Diesem Antrage war auch in obiger Art stattzugeben. Zwar ressortiren an sich betrachtet Differenzen in Miethsachen als streitige Privatrechtsverhältnisse zur Cognition der Civilgerichte. Allein durch die allerhöchste Verordnung vom 24. September 1808, die Instruktion für die Polizeidirektionen in den Städten enthaltend, §. 88 lit. f. Regierungsblatt von 1808 S. 2509 wurde die Entscheidung der Differenzen zwischen Hauseigenthümern und Miethleuten den Polizei-Behörden überwiesen mit Ausnahme nur jener Fälle, da die Theile durch schriftlichen Contract ihre Rechte sicher gestellt haben. Wenn nun auch der Grund dieser Verordnung darin liegt, daß solche Zwiste, welche ohnehin gewöhnlich bei bevorstehenden Umzug entstehen, die schnellste Erledigung finden sollen, um weiter greifende Störungen zu verhüten; so ist doch die Ueberweisung derselben zur polizeilichen Entscheidung nicht in Ansehung des Gegenstandes begrenzt, welchen sie betreffen, wenn nur der Streit nicht auf Grund eines schriftlichen Mithcontractes zu entscheiden ist. Daran aber wurde auch durch §. 1 Nr. 4 des Gesetzes vom 17. November 1837, einige Verbesserungen der Ger.-Ord. betreffend, nichts geändert. Denn diese Bestimmung ist nur als neben der Verordnung vom 24. September 1808 §. 88 f. bestehend anzuwenden, da die letztere nirgends als außer Wirkung gesetzt erklärt wurde, sohin immer noch Anwendung findet, vorausgesetzt, daß die Differenz noch vor der Beendigung des Miethverhältnisses durch den Auszug aus der

Miethwohnung sich ergab und die Sache bei der Polizei-Behörde anhängig gemacht wurde. Denn obgleich dieses der fragliche §. 88 f. nicht ausdrücklich bestimmt, so involirt doch der Ausdruck: zwischen Hauseigenthümern und „Miethleuten" die Voraussetzung des noch bestehenden Miethverhältnisses und nach eingetretenem Auszug fällt ohnehin die Nothwendigkeit der augenblicklichen obrigkeitlichen Hilfe hinweg, weswegen dann der Grund der polizeilichen Competenz seine Wirksamkeit verliert.

Die jetzige Gültigkeit der Verordnung vom 24. September 1808 auch für die Stadt Würzburg aber, obgleich diese damals dem bayerischen Staate noch nicht einverleibt war, beruht auf der Bestimmung des §. 69 des Edicts vom 17. Mai 1818 die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden betreffend, wornach in den Städten, welche der Kreisregierung unmittelbar untergeben sind, der Magistrat die Polizei ganz nach der Instruktion für die Polizeidirectionen vom 24. September 1808 zu besorgen hat.

Diesem zufolge, bei dem Mangel eines schriftlichen Miethvertrages, und da Dr. Lobach eben, um Anstände bei dem Auszuge abzuwenden, schon am 30. Jänner 1851, also noch zur Zeit des bestandenen Miethverhältnisses die Sache bei dem Stadtmagistrate anhängig gemacht hatte, wurde der Beschluß vom 7. März 1851 von diesem auch ganz in der Grenze seiner Competenz gefaßt.

Die Zuständigkeit zur Vollziehung eines Beschlusses aber ist die nothwendige Folge der Competenz zur Erlassung desselben. Es ist keine gesetzliche Bestimmung vorhanden, durch welche die Zuständigkeit zur Fassung und jene zur Vollziehung eines Erkenntnisses oder Beschlusses getrennt und letztere den Civilgerichten überwiesen wäre, wenn die Sache selbst, welche durch den Beschluß ihre Erledigung fand, der civilrichterlichen Competenz entzogen und Administrativbehörden zur Entscheidung überwiesen ist. Daher rechtfertigt auch

der Umstand, auf welchen der Magistratsbeschluß vom 18. November und bezüglich vom 16. Juli 1851 hindeutet, daß nämlich zur Zeit des Anrufens um Vollzug am 12. Oktober 1851 Dr. Lobach das Quartier bereits verlassen hatte, die Incompetenzerklärung des Stadtmagistrates nicht. Denn die vom Stadtmagistrate competenzmäßig durch den Beschluß vom 7. März 1851 erfolgte Entscheidung der fraglichen Differenz besteht rechtskräftig, und muß zum Vollzug gebracht werden, die Zuständigkeit dazu aber bestimmt sich folgeweise nach jener zur Fassung des Beschlusses, obgleich inzwischen Dr. Lobach die Miethwohnung bei der Wittwe Schmitt bereits verlassen hat.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, der Generalstaatsanwalt Dr. von Kiliani und Oberappellationsgerichtssecretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. **Gumppenberg**, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

# XLVI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, in Sachen des Wassergüterbestätters Franz Weidner zu Regensburg gegen die Schiffer Anton Gaim und Johann Schmauser zu Deggendorf wegen rückständiger Güterbestättereigebühren, hier einen verneinenden Competenz-Conflikt betr.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 32, S. 877—888.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Sachen des Wassergüterbestätters Franz Weidner zu Regensburg gegen die Schiffer Anton Geim und Johann Schmauser zu Deggendorf wegen rückständiger Güterbestättereigebühren, hier einen verneinenden Competenz-Conflikt betreffend, zu Recht:

„daß in vorliegender Sache die Verwaltungs-Behörden zuständig seien."

**Gründe:**

Für die Stadt Regensburg besteht eine unterm 27. Juni 1834 von der Kreisregierung genehmigte Speditionsordnung, welche in §. 31 mit 33 auch die Verhältnisse der Wassergüterbestätterei in folgendem regelt:

§. 31. Des Wassergüterbestätters Functionen, Gebühren und Pflichten gegen den Handelsstand sind ganz denen der Landbestätter gleich. Er allein hat von allen zu Wasser ankommenden und abgehenden Gütern die Schiffbriefe von Kaufleuten, Schiffern und Schiffsführern 2c. in Empfang zu nehmen, das Weitere damit zu besorgen, in dem Locale der allgemeinen Bestätterei Buch und Rechnung darüber zu halten und bei Verfehlungen gegen diese Speditionsordnung dem Vorstande sogleich die gehörige Anzeige zu machen.

§. 32. Jeder Schiffer, Schiffschreiber u. dgl., der seine Schiffbriefe nicht gleich nach seiner Ankunft dem Wassergüterbestätter einliefert, sondern sie vorher bei diesem oder jenem

Kaufmanne vorzeigt, ist in eine Strafe von 15 fl. zum Armenfonde verfallen, welche im Wiederholungsfalle verdoppelt wird.

§. 33. Dienstvernachlässigungen der Güterbestätter für Land- und Wasserversendungen werden auf erfolgte Anzeige der Handlungsvorstände bei der competenten Polizeibehörde im ersten Falle mit 15 fl. und in jedem folgenden mit doppelter Geldbuße zum Armenfonde gebüßt. Uebrigens haben die Güterbestätter gegen das k. Hauptzollamt die §§. 1 bis 10 der allerhöchsten Verordnung vom 26. Oktober 1812 genauest zu befolgen.

Die wirkliche Errichtung der Wassergüterbestätterei unterblieb indessen bis zum Jahre 1845, in welchem Jahre sie von dem k. Staatsministerium des Innern mit Entschließung vom 27. April 1845

> „nach Maßgabe der angeführten Speditions-Ordnung §. 31 bis 33 und zugleich der beantragte Gebührentarif für dieselbe mit 3/8 kr. per Zentner"

genehmigt wurde.

In Folge dessen wurde Franz Weidner zu Regensburg auf Vorschlag des dortigen Handelsstandes als Wassergüterbestätter aufgestellt, in die Erhebungsgebühr von 3/8 kr. von jedem Zentner unter Frachtbrief zu Wasser ankommenden oder abgehenden Gutes eingewiesen und unterm 22. April 1846 von der Polizeibehörde eidlich verpflichtet.

Die Wassergüterbestätterei besteht seitdem in dem ihr durch die erwähnte Speditionsordnung eingeräumten Wirkungskreise, die Erhebung der genehmigten Gebühr stieß aber auf Widerstand, indem die Entrichtung derselben mehrfach verweigert wurde.

Franz Weidner will sich deßhalb zum öftern an den Magistrat der Stadt Regensburg mit Vorlage der Rückstandsverzeichnisse gewendet und um Beitreibung dieser Rückstände nachgesucht haben.

Da dieses ohne Erfolg blieb, wendete er sich unterm

11. März 1851 mit einer Beschwerde an die k. Regierung der Oberpfalz und von Regensburg, Kammer des Innern, mit der Bitte:

„den Stadtmagistrat Regensburg nicht nur zur Beitreibung der Rückstände von Amtswegen unter persönlicher Haftung anzuweisen, sondern auch denselben für entstehende Verluste an seinen Gebühren verantwortlich zu machen resp. die Haftung jenes hiefür auszusprechen."

Diese Beschwerde wurde von der genannten Kreisstelle unterm 28. März 1851 dahin beschieden:

„daß auf den hierin gestellten Antrag um so weniger eingegangen werden könne, als dem Stadtmagistrate Regensburg als Localpolizeibehörde zwar die Aufrechthaltung der in der Speditionsordnung getroffenen Anordnungen, keineswegs aber die Verpflichtung obliege, die dem Güterbestätter zustehenden Gebühren auf was immer für einem Wege von den Restanten für ihn beizutreiben, indem es sich in Fällen dieser Art lediglich um die Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche handle, welche zwar ihre rechtliche Begründung in der fraglichen Speditions-Ordnung und in dem hiezu gehörigen Tarife fänden, jedoch nicht von der Polizeibehörde, sondern von dem Berechtigten auf dem hiefür vorgezeichneten Wege gerichtlicher Klagstellung geltend zu machen seien."

Wiederholt wendete sich Franz Weidner und zwar nun in spezieller Richtung gegen den Schaffner Joh. Baumgartner zu Regensburg, welcher die Geschäfte für die Schiffer Anton Gaim und Johann Schmauser von Deggendorf besorgte, aber die Entrichtung der Bestätterei-Gebühren für dieselben verweigerte, mit einer Vorstellung vom 26. Juli 1851 an den Stadtmagistrat Regensburg und bat:

„derselbe wolle kraft der ihm zustehenden Aufrechthaltung und Ueberwachung der Speditions-Ordnung den Schaffner Baumgartner beauftragen, bei Vermeidung doppelter Zahlung und persönlicher Haftung die Wassergüterbestättereigebühren für die genannten beiden Schiffer an ihn zu entrichten;"

der Magistrat verfügte jedoch unterm 10. Oktober 1851:

„daß es nicht in der Zuständigkeit des Magistrats als Polizeibehörde liege, die Ausstände des Wassergüterbestätters beizutreiben."

Nun trat der Güterbestätter Franz Weidner bei dem kgl. Kreis- und Stadtgerichte Regensburg mit einer Klage vom 6. November 1851 gegen den Schaffner Joh. Baumgartner auf, in welcher unter Berufung auf §. 32 der Regensburger Speditionsordnung und die — die Errichtung der Wassergüterbestätterei nebst dem Gebührentarife für dieselbe genehmigende Ministerialentschließung vom 27. April 1845 angeführt ist.

Johann Baumgartner habe in den Jahren 1850 und 1851 als Schaffner und Bevollmächtigter der Schiffer Anton Gaim und Johann Schmauser von Deggendorf die in den der Klage beigefügten Rechnungsauszügen verzeichneten Expeditionen bei der Wassergüterbestätterei besorgt, die hiefür zu entrichtenden Gebühren im Betrage von 332 fl. 52 kr. für Anton Gaim, und von 427 fl. 59 kr. für Johann Schmauser aber verweigert. Als Mandatar sei er verpflichtet, die seinen Mandanten in Bezug auf die Speditionsordnung und Güterbestätterei obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, daher gebeten werde:

„nach verhandelter Sache zu erkennen, daß derselbe schuldig sei, die eingeklagten Güterbestätterei-Gebühren vorbehaltlich des Regresses gegen seine Mandanten an den Kläger zu bezahlen."

Bei der Verhandlungstagfahrt vom 17. Dezember 1851

verkündete Johann Baumgartner den Schiffern Anton Gaim und Johann Schmauser den Streit, in Folge dessen diese den Streit principaliter übernahmen, und nunmehr der Klage vor Allem die Einrede der Incompetenz entgegenstellten, indem es der Klage an einem Rechtsgrunde gebreche. Sie stützte sich nämlich lediglich auf die Regensburger Speditions-Ordnung und die Ministerialentschließung vom 27. April 1845. Allein derartige Verordnungen und Entschließungen seien nicht im Stande, privatrechtliche Verbindlichkeiten zu erzeugen. Ein Civilproceß sei nur zuläßig über Privatrechts-Verhältnisse und beim Vorhandensein einer Rechtsnorm, wornach der Richter zu entscheiden habe.

Gebeten wird, die Klage wegen Mangels der Competenz abzuweisen. Eventuell wird die behauptete Dienstleistung, die Berechtigung zum Bezuge der Gebühren und die Richtigkeit der aufgestellten Berechnung widersprochen und Entbindung von der Klage beantragt.

Nach vollständig verhandelter Sache erließ das k. Kreis- und Stadtgericht Regensburg unterm 13. August 1851 Erkenntniß dahin:

> „daß die Beklagten Anton Gaim und Johann Schmauser nicht schuldig seien, sich auf die Klage einzulassen, sondern Kläger mit derselben ab- und zur einschlägigen Administrativbehörde zu verweisen sei;"

und bemerkte hiezu in den Entscheidungsgründen:

> „die Klage stütze sich auf eine von dem Stadt-Magistrate Regensburg erlassene Speditionsordnung, auf Entschließungen der k. Kreisregierung und des k. Staatsministeriums bezüglich der Regelung der abgehenden und ankommenden Wassertransporte.

Diese Anordnungen berührten das öffentliche Interesse und erzeugten keine privatrechtlichen Verhältnisse, sie seien in der unzweifelhaften Competenz der Administrativstellen erlassen, deren Wirkungskreise auch die Anwendung anheimfalle.

Die in Folge derselben dem Dienstpersonale in partem salarii bestimmten Gebühren bildeten einen Bestandtheil jener polizeilichen Anordnungen, daher die Feststellung ihrer Liquidität und deren Einhebung gegen Widerspenstige nur den einschlägigen Administrativbehörden zukomme. Ob und wie viel jeder Schiffer an Güterbestättereigebühren zu entrichten habe, könne nicht Sache der richterlichen Beurtheilung, und der aufgestellte Güterbestätter nicht gezwungen seyn, jeden Augenblick wegen Verweigerung einiger Kreuzer Bestätterei-Gebühren gerichtliche Klage zu erheben.

Den Administrativbehörden stehe auch in dieser Beziehung die Aufrechthaltung und der Vollzug ihrer Anordnungen zu, insoweit nicht gerichtliche Mitwirkung nothwendig sei, und ihnen müße es überlassen werden, wie sie den Vollzug bewerkstelligen zu können glaubten.

Nachdem hiermit Gerichts- und Verwaltungsbehörden in derselben Sache ihre Zuständigkeit abgelehnt hatten, regte Franz Weidner gemäß Artikel II. des Gesetzes vom 28. Mai 1850 den Competenz-Conflikt an und übergab sein Gesuch vom 10. September 1852 in vorschriftsmäßiger Ausfertigung bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Regensburg.

In demselben ist die Bitte gestellt:

„über die Zuständigkeit der betreffenden Behörde Entscheidung zu erlassen."

In Folge der gesetzlichen Instruktion übergab die Gegenpartei eine Denkschrift vom 25. Oktober 1852, worin die Bitte gestellt ist:

„die Zuständigkeit des Magistrats der Stadt Regensburg für die gegenwärtige Streitsache auszusprechen."

Von Seite der Verwaltungsstelle wird sich statt der Denkschrift lediglich auf den Inhalt ihrer Entschließung vom 28. März 1851 berufen.

Nachdem die Sache in heutiger öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofes aufgerufen worden war, erstattete der

ernannte Berichterstatter, k. Ministerialrath von Schubert, Vortrag, worauf, da von den Betheiligten Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt das Wort nahm und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, zu erkennen:

„daß in der bezeichneten Sache die Verwaltungs-Behörden zuständig seien."

Diesem Antrage war aus folgenden Erwägungen stattzugeben.

Die Ansprüche des Franz Weidner gründen sich auf die für die Stadt Regensburg genehmigte Speditionsordnung und auf die einen Bestandtheil derselben bildenden Bestimmungen über die Wassergüterbestätterei, sodann auf den für diese gegebenen Gebührentarif.

Diese Anordnungen insgesammt sind von den Verwaltungsbehörden innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit

„Vergl. §. 63 und 65 der allerhöchsten Verordnung vom 17. Dezember 1825 über den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen — Reg.-Blatt v. 1825 S. 1091 u. f., §. 81 der allerh. Verord. v. 9. Dez. 1825 über die Formation der Ministerien — ibid. S. 1004, Art. 7 der allerh. Verord. v. 11. Nov. 1848, die veränderte Formation der Staatsministerien betr. ibid. v. 1848 S. 1106 u. f."

erlassen, namentlich bildet der Gebührentarif einen wesentlichen Bestandtheil derselben, die Verpflichtung zur Entrichtung dieser Gebühren beruht daher nicht auf einem Privatrechtsverhältnisse; denn die Güterbestätterei ist nicht im Privatinteresse, sondern im Interesse und zur Regelung des öffentlichen Verkehrs angeordnet, der Güterbestätter steht nicht im Privatdienste, noch an sich in privatrechtlichem Verhältnisse zu den betheiligten Schiffern.

Streitigkeiten über jene Verpflichtung, so wie über Art und Größe der Gebühren und darüber, ob von Seite des Güterbestätters das erfüllt worden, was ihm obgelegen hätte,

können daher auch nicht Gegenstand eines Civilprocesses seyn, da dieser nothwendig die Geltendmachung eines Privatrechts-Verhältnisses voraussetzt.

Waren aber die Verwaltungsbehörden zur Erlassung der fraglichen Speditionsordnung, zur Anordnung der Wassergüterbestätterei und zur Feststellung der für letztere zu entrichtenden Gebühren zuständig, und fällt die Schlichtung der wegen der Verpflichtung zur Entrichtung dieser Gebühren entstehenden Streitigkeiten ebenfalls deren Wirkungskreise anheim; so kann nicht beanstandet werden, daß die Verwaltungsbehörden auch zum Vollzuge ihrer innerhalb jener Zuständigkeiten getroffenen Anordnungen berufen sind.

Gegenstand dieses Vollzuges ist aber insbesondere die Obsorge, daß die zur Erhaltung der Wassergüterbestätterei festgesetzten Gebühren von den hiezu Verpflichteten auch wirklich entrichtet werden, weßhalb die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden gegen die der Entrichtung jener Gebühren sich weigernden Schiffer mit Recht angerufen worden war.

Welche Mittel übrigens zur Sicherung der Entrichtung der Bestättereigebühren und zur Erwirkung der Zahlung der rückständigen Gebühren zu ergreifen seien; ferner wie weit die Executionsbefugniß der Verwaltungsbehörden sich erstrecke und wann die Mitwirkung der Gerichte anzugehen sei, liegt außer der Beurtheilung des gegenwärtigen Falles, da hierüber der Conflikt nicht entstanden ist.

Aus diesen Erwägungen mußte, wie oben geschehen, erkannt werden.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident; v. Bezold, Geheim- und Ministerialrath; Eisenhart, Oberappellationsgerichtsrath; v. Friederich, Ministerial-Rath; Schwertfelner, Oberappellationsgerichtsrath; von Schubert, Ministerialrath; Dr. Cucumus, Oberappella-

tionsgerichtsrath; Dr. von Kiliani, Generalstaatsanwalt; Paulus, Oberappellationsgerichtssecretär.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XLVII.

### Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, in Betreff des zwischen der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, und dem k. Kreis- und Stadtgerichte Schweinfurt obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikte in der Untersuchung gegen den Bauer Clemens Handwerk und Genossen von Thaiden wegen Jagdfrevels.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 32, S. 889—896.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff des zwischen der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, und dem k. Kreis- und Stadtgerichte Schweinfurt obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikte in der Untersuchung gegen den Bauer Clemens Handwerk und Genossen von Thaiden wegen Jagdfrevels zu Recht:

„daß zur Aburtheilung des gegen Clemens Handwerk und Genossen angezeigten Jagdfrevels die Gerichte zuständig seien."

**Gründe:**

Auf die am 28. Juli 1850 von dem k. Forstpersonale zu Batten bei dem k. Landgerichte Hilders geschehene An-

zeige über einen von Clemens Handwerk und Genossen in dem Distrikte Rhönwald verübten Jagdfrevel hat erwähntes Gericht Untersuchung eingeleitet, und nach deren Durchführung unterm 19. September 1850 als Polizeibehörde I. Instanz einen Strafbeschluß erlassen, gemäß welchem

a) Clemens Handwerk für schuldig erkannt, sofort
b) wegen eines gefrevelten Rehes in eine Strafe von 30 fl. fränkisch, und
c) wegen Mitnahme eines mit einer Jagdkarte nicht versehenen Jagdgastes in eine Strafe von 5 fl., verurtheilt, dann
d) die Abnahme seiner Jagdkarte, sowie
e) die Confiscation seines Gewehres verfügt, und
f) derselbe in die Kosten der Untersuchung verfällt worden ist.

Dieser Beschluß wurde jedoch in Folge der von Clemens Handwerk dagegen erhobenen Beschwerde durch Entschließung der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, vom 14. November 1850 im Punkte d als verfrüht erlassen außer Wirksamkeit gesetzt, und das Landgericht angewiesen, sich hierüber erst nach rechtskräftiger Bescheidung der Hauptfrage schlüßig zu machen, in den übrigen Punkten aber als nichtig aufgehoben, weil die beiden hier in Frage stehenden Reate gemäß Artikel 9 und 11 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, und gemäß Artikel 23 Absatz 1 Ziffer 3 und Absatz 4 des Gesetzes vom 30. März 1850, die Ausübung der Jagd betreffend, zur Jurisdiction der Justizbehörde competirten und daher das k. Landgericht Hilders nach der Publikation dieser Gesetze als Polizei-Behörde zur Fassung des Beschlusses vom 19. September 1850 nicht mehr competent gewesen sei.

Das k. Landgericht Hilders sendete nun nach vorgenommener Beeidigung der Zeugen die Akten an den Staats-Anwalt des k. Kreis- und Stadtgerichts Schweinfurt zur weiteren competenzmäßigen Verfügung, worauf dieses Gericht

nach dem Antrage des Staatsanwaltes durch Erkenntniß vom 17. Februar 1851 sich ebenfalls für unzuständig erklärte und die Erledigung der Sache zur Polizeibehörde verwies, weil Clemens Handwerk den abzuurtheilenden Reat schon am 28. Juli 1850 somit vor der am 20. August 1850 geschehenen Promulgation des Gesetzes vom 25. Juli 1850 verübt habe, der Artikel 11 dieses Gesetzes eine ausdrückliche Bestimmung über rückwirkende Kraft nicht enthalte, außerdem aber eine solche bei Strafgesetzen nur dann angenommen werden könne, wenn das neue Gesetz mildere Bestimmungen als das ältere enthalte, was aber hier der umgekehrte Fall sei, indem der Jagdfrevel früher nur als Polizeiübertretung beurtheilt worden, nunmehr aber als Vergehen strafbar sei.

Die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, hievon in Kenntniß gesetzt, überließ es gemäß Entschließung vom 10. Juli 1851 dem k. Landgerichte Hilders, das k. Regierungsfiscalat zur Anregung des vorliegenden Competenz-Conflikts zu veranlassen, worauf von dem erwähnten Gerichte nach Maßgabe des Artikels 7 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Competenz-Conflikte betreffend, das erforderliche Verfahren eingeleitet wurde, in Folge dessen das k. Regierungsfiscalat unterm 22. September 1852 an den obersten Gerichtshof die Bitte stellte:

„das kgl. Landgericht Hilders als Polizei-Behöde zur Aburtheilung der hier vorliegenden Reate als competent erkennen zu wollen."

Nachdem nun diese Sache heute in öffentlicher Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart unter Ablesung der erheblicheren Aktenstücke Vortrag, worauf, da sich von Seite der Betheiligten, richtiger Ladung ungeachtet, Niemand eingefunden hatte, der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort erhielt und nach näherer Erörterung den Antrag stellte:

„daß zur Aburtheilung des gegen Clemens Handwerk und Genossen angezeigten Jagdfrevels das k. Kreis- und Stadtgericht Schweinfurt zuständig sei.“

Dem Antrage mußte in der im Tenor des Erkenntnisses ausgedrückten Weise entsprochen werden.

Der Artikel 9 Absatz 1 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, verordnet, daß bei den als Verbrechen oder als Vergehen strafbaren Jagdfreveln hinsichtlich der Untersuchung und Aburtheilung die Vorschriften der allgemeinen Strafprozeßordnung in Anwendung zu bringen seien, dann in Absatz 2, daß bei den als Polizeiübertretungen bezeichneten Jagdfreveln die Untersuchung und Aburtheilung nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften durch die Civil-Gerichte I. Instanz, in deren Bezirk die Uebertretung begangen wurde, zu erfolgen habe.

Ebenso hat nach dem Gesetze vom 30. März 1850, die Ausübung der Jagd betreffend, bezüglich der im Art. 23 Abs. 1 aufgeführten polizeilichen Uebertretungen gemäß Abs. 4 die Untersuchung und Aburtheilung nach den für die Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen durch die Gerichte I. Instanz, in deren Bezirk die Uebertretung verübt wurde, zu geschehen.

Beide Gesetze wurden für die Gebietstheile diesseits des Rheins in dem k. Regierungsblatte veröffentlicht, und zwar Letzteres am 2. April 1850 und Ersteres am 20. August 1850 mit der im Artikel 11 enthaltenen ausdrücklichen Bestimmung, daß es mit dem Verkündungstage in Wirksamkeit trete.

Nun kann zwar, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, ein neues Gesetz, soweit es sich um Bemessung der Schuld und Strafe, somit um die materielle Beurtheilung eines Reates handelt, — wenn ihm eine rückwirkende Kraft nicht ausdrücklich beigelegt ist — eine Anwendung auf Reate, die sich schon vor dessen Publication ergeben hatten, nicht finden;

dagegen ist, — soweit das neue Gesetz lediglich eine Aenderung in der Ausübung der Strafgerichtspflege, somit nur eine neue Regulirung der bisherigen Competenzverhältnisse anordnet, wie dieß in Artikel 9 Abs. 2 des Gesetzes vom 25. Juli 1850 und Artikel 23 Absatz 4 des Gesetzes vom 30. März 1850 geschah — allerdings regelmäßig nur das neue Recht fortan zu beobachten.

Diesem gemäß müssen die beiden erwähnten Gesetze — soweit es sich um die hier allein in Frage stehenden Competenzverhältnisse handelt — auch nothwendig auf alle jene Reate Anwendung finden, welche, obschon früher verübt, doch bis zur Veröffentlichung dieser Gesetze noch nicht abgeurtheilt waren, daher auch diese Reate unzweifelhaft zur Competenz der Civilgerichte ressortiren.

Hienach ergibt sich von selbst, daß die nun in Frage stehenden Reate, da sie bis zu der am 2. April 1850 und resp. 20. August 1850 geschehenen Veröffentlichung der besagten Gesetze noch nicht abgeurtheilt waren, vor die Civilgerichte gehören, weil außerdem beide Gesetze die transitorische Bestimmung enthalten müßten, daß bezüglich der Aburtheilung früher verübter Reate die bisherige Competenz unverändert bleibe.

Hiebei steht

a) weder das Rechtsaxiom: ubi lis coepta, ibi est finienda entgegen, noch
b) kann von einer Verletzung des Grundsatzes der Nichtrückwirksamkeit eines Gesetzes die Rede seyn, denn

ad a. dieses ohnehin mehr blos die privatrechtlichen Streitsachen oder eigentlichen Parteiverhältnisse betreffende Axiom kann jedenfalls da keine Anwendung finden, wo in dem Gesetze, wie dieß in dem Artikel 9 Abs. 2 und Artikel 23 Abs. 4 loc. cit. geschehen ist, ausdrücklich eine Aenderung der Competenz, und hiedurch nothwendig der Uebergang der Sache von den bisher zuständigen Polizeibehörden an die Civilgerichte ausgesprochen wurde, und

ad b. eine Verletzung dieses Grundsatzes tritt hier, wo es sich lediglich um die Competenz handelt, um deswillen auf keine Weise ein, weil auch die Civilgerichte die fraglichen Reate in materieller Beziehung nach denjenigen Bestimmungen zu beurtheilen haben, welche zur Zeit deren Verübung Giltigkeit hatten.

Hienach war, wie geschehen zu erkennen.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath von Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, der k. Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani und Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

## XLVIII.
## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, in Betreff des zwischen dem kgl. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg und der dortigen k. Regierung, Kammer des Innern, obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts in der Untersuchungssache gegen den Gemeindevorsteher Franz Klüpfel zu Waldbrunn wegen Jagdfrevels.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 32, S. 897—902.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in Betreff des zwischen dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken

und Aschaffenburg und der dortigen k. Regierung, Kammer des Innern, obwaltenden verneinenden Competenz-Conflikts in der Untersuchungssache gegen den Gemeindevorsteher Franz Klüpfel zu Waldbrunn wegen Jagdfrevels zu Recht:

„daß zur Aburtheilung des gegen Franz Klüpfel von Waldbrunn angezeigten Jagdfrevels die Gerichtsbehörden zuständig seien."

**Gründe:**

Das k. Landgericht Würzburg links des Mains hat gegen den Jagdpächter Franz Klüpfel, Gemeindevorsteher von Waldbrunn, wegen eines am 3. Februar 1849 in der k. Regiejagd des Bezirkes Waldbrunn verübten Jagdfrevels unterm 9. desselben Monats Untersuchung eingeleitet, und nach deren Durchführung — ohne daß die Ursache hievon aus den Akten zu entnehmen ist — erst am 15. Januar 1851 einen Strafbeschluß gegen Franz Klüpfel erlassen, welcher jedoch auf dessen Beschwerde durch Entschließung der k. Regierung, Kammer des Innern, vom 10. Juli 1850 als nichtig aufgehoben, und dabei dem Untergerichte anheimgestellt wurde, die weiters geeignete Verfügung als Civil-Gericht zu erlassen.

Hiebei war die k. Regierung von der Ansicht ausgegangen, daß das k. Landgericht Würzburg l./M. den Beschluß vom 15. Jänner 1851 als Polizeibehörde erlassen habe, daß aber damals dessen Competenz in dieser Eigenschaft in vorliegender Sache zu verfügen, gemäß der Art. 9 und 11 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, bereits erloschen und an die Civilgerichte übergegangen gewesen sei.

Gegen diese k. Regierungsentschließung erhob Franz Klüpfel unterm 8. Februar 1851 eine Nichtigkeitsbeschwerde mit eventueller Berufung an das Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg, bei deren Einsendung mit Akten das k. Landgericht Würzburg l./M. im Berichte vom 11. Juli 1851 erklärte:

„daß es seinen Beschluß vom 15. Januar 1851 als Civilgericht erster Instanz in Gemäßheit des Gesetzes vom 10. November 1848 erlassen habe, und nur aus Versehen der Recurs nebst Akten der k. Regierung, Kammer des Innern, vorgelegt worden sei."

Das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg lehnte jedoch in jenem Schreiben an die k. Regierung, Kammer des Innern, vom 13. Dezember 1851 seine Zuständigkeit in dieser Sache ab, weil der fragliche Jagdfrevel bereits am 3. Februar 1849, somit längst vor dem Erscheinen des Gesetzes über die Bestrafung der Jagdfrevel vom 25. Juli 1850 verübt worden sei, und diesem Gesetze keine rückwirkende Kraft zukomme.

In Folge dieser Sachlage hat nun das k. Regierungsfiscalat von Unterfranken und Aschaffenburg unterm 7. praes. 13. April 1852 bei dem obersten Gerichtshofe um Entscheidung des vorliegenden negativen Competenz-Conflikts mit dem Antrage gebeten: die Zuständigkeit der Justiz aussprechen zu wollen.

Die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg, Kammer des Innern, sowie Gemeindevorsteher Franz Klüpfel wurden hievon in Kenntniß gesetzt; es ist jedoch von keiner Seite eine Denkschrift eingelaufen.

Nachdem nun diese Sache heute in öffentlicher Sitzung aufgerufen war, erstattete der zum Referenten ernannte Ober-Appellationsgerichtsrath Eisenhart Vortrag, wobei die erheblichen Aktenstücke verlesen wurden, und dann, da von Seite der Betheiligten, richtiger Ladung ungeachtet, Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt das Wort erhielt, welcher sofort nach näherer Erörterung den Antrag stellte, auszusprechen:

„daß zur Aburtheilung des gegen Franz Klüpfel von Waldbrunn angezeigten Jagdfrevels die Gerichtsbehörden zuständig seien."

Diesem Antrage war stattzugeben.

Nach Artikel 9 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, ist die Untersuchung und Aburtheilung der Jagdfrevel unter Hinweisung auf die je nach der Eigenschaft dieser Frevel in Anwendung zu bringenden Vorschriften und Bestimmungen im Absatz 2 den Civilgerichten zugewiesen, somit hiedurch eine neue Regulirung der Competenzverhältnisse ausgesprochen und dann im Schlußartikel 11 weiter verordnet worden: daß die Wirksamkeit dieses Gesetzes mit dem Tage der Verkündung — 20. August 1850 — in allen Landestheilen diesseits des Rheins eintrete.

Diesem gemäß und da, soweit ein neues Gesetz blos eine Aenderung bezüglich der Ausübung der Strafgerichtspflege betrifft, regelmäßig nur das neuere Recht zu beobachten ist, Heffter deutsch. Crim.-Recht §. 21. Ziff. I., so ist bezüglich aller Jagdfrevel, welche am 20. August 1850 noch nicht erlediget waren, von diesem Tage an die Zuständigkeit zu einer weiteren Behandlung oder Entscheidung an die Civilgerichte übergegangen, indem der erwähnte Artikel 11 eine Ausnahmsbestimmung bezüglich der bereits vor der Publication des Gesetzes sich ergebenen bis dahin aber noch nicht abgeurtheilten Jagdfrevel nicht enthält.

Hieraus folgt von selbst, daß der in Frage stehende Jagdfrevel des Franz Klüpfel, — obwohl er bereits am 3. Februar 1849, also längst vor dem Erscheinen des Gesetzes vom 25. Juli 1850 sich ergeben hatte, jedoch bei der am 20. August 1850 erfolgten Publication dieses Gesetzes noch nicht abgeurtheilt war, — lediglich zur Competenz der Civilgerichte ressortire, daher, wie geschehen, zu erkennen war.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg I. Präsident Geheim- und Ministerialrath von Bezold, Oberappellations-Gerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich,

Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerial-Rath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani und Ober-Appellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

---

# XLIX.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 20. Juni 1853, in der Untersuchungssache gegen Johann Engelhaupt von Zeitlofs und Compl. wegen Jagdfrevels, hier einen zwischen der k. Regierung und dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikt betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 33, S. 905—909.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs in der Untersuchungssache gegen Johann Engelhaupt von Zeitlofs und Compl. wegen Jagdfrevels, hier einen zwischen der k. Regierung und dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg vorwaltenden verneinenden Competenz-Conflikt betreffend, zu Recht:

„daß das k. Appellationsgericht zur Bescheidung der Berufung des k. Regierungsfiscalates von Unterfranken und Aschaffenburg competent sei."

### Gründe:

Das k. Landgericht Brückenau hat einen am 11. Januar 1850 in dem Jagdrevier Zeitlofs verübten polizeilich

strafbaren Jagdfrevel mittels eines von ihm als Polizeistraf=Gericht gefaßten Beschlusses vom 29. Mai 1850 abgeurtheilt.

Gegen dieses Urtheil hat das k. Regierungsfiscalat von Unterfranken die Berufung eingewendet, und es sind hierauf vom Landgerichte Brückenau die Akten sammt Berufungs=Schrift mit Bericht vom 3. August 1850 zur weiteren Aburtheilung an die k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg eingesendet worden.

Die genannte k. Regierung hat sich jedoch laut Beschlusses vom 17. Oktober 1850 als unzuständig erklärt, weil gemäß Artikel 9 und 11 des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, seit 20. August 1850 die Entscheidung in Sachen auch der als Polizei=Uebertretungen sich charakterisirenden Jagdfrevel zu den Justiz=Behörden ressortirt, und hat hienach die Akten sammt Berufungsschrift dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg zur competenzmäßigen Verfügung mitgetheilt.

Letzteres hat aber laut Schreiben vom 10. Jänner 1851 hierauf erwidert, daß wenn auch durch das Gesetz vom 25. Juli 1850 die Competenz zur Entscheidung über Berufungen in Jagdfrevelsachen auf die k. Appellations=Gerichte übergegangen sei, es sich doch hinsichtlich solcher Fälle, deren Aburtheilung schon vor der Herrschaft des besagten Gesetzes, wie in vorliegender Sache erfolgt ist, nicht für zuständig erachte, und hat die einschlägigen Akten sammt Berufungsschrift der k. Regierung zu ihrer competenzmäßigen Verfügung zurückgeschlossen.

Mittels Eingabe vom 26. Juli 1851 hat hienach das Regierungsfiscalat von Unterfranken den vorwaltenden negativen Competenz=Conflikt angeregt, und das k. Landgericht Brückenau hat den Betheiligten hievon auch die gehörige Mittheilung gemacht, es ist aber von keiner Seite eine Denkschrift eingereicht worden.

Nachdem diese Sache in heutiger öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen worden war, erstattete der zum

Referenten ernannte Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner Vortrag, worauf, da von Seite der Betheiligten, geschehener Ladung ungeachtet, sich Niemand eingefunden hat, der k. Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshofe das Wort nahm und nach näherer Erörterung der Sache den Antrag stellte, der oberste Gerichtshof wolle erkennen:

„daß das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg zur Erledigung der fiscalischen Berufung zuständig sei."

Diesem Antrage des k. Generalstaatsanwalts mußte auch stattgegeben werden, weil mit der am 20. August 1850 erfolgten Verkündung des Gesetzes vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betreffend, die Zuständigkeit in fraglicher Angelegenheit ausschließend an die Gerichte übergegangen ist, wie dieß bereits in den Gründen zu dem im Regierungsblatte vom 20. April 1852, Nr. 18, pag. 401 veröffentlichten dießortigen Erkenntnisse vom 2. April 1852, auf welche hiemit Bezug genommen wird, erörtert worden ist.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 20. Juni 1853, wobei zugegen waren: Freiherr von Gumppenberg, I. Präsident, Geheim- und Ministerialrath v. Bezold, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Friederich, Oberappellations-Gerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus; der General-Staatsanwalt Dr. von Kiliani, und Oberappellations-Gerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Gumppenberg, I. Präsident.

Paulus, Sekretär.

## L.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 11. Juli 1853, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Appellationsgerichte von Mittelfranken in Sachen des k. Landrichters Regelsberger zu Heidenheim gegen den k. Fiscus puncto provocationis, wegen abgängiger Brand-Versicherungsgelder.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 33, S. 910—920.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, und dem k. Appellations-Gerichte von Mittelfranken in Sachen des k. Landrichters Regelsberger zu Heidenheim gegen den k. Fiscus puncto provocationis wegen abgängiger Brandversicherungsgelder hiermit zu Recht:

„daß das k. Kreis- und Stadtgericht Ansbach zur Verhandlung und Entscheidung der Provocationsklage des k. Landrichters Regelsberger gegen die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, bezüglich den k. Fiscus de praes. 11. August 1852 nicht competent sei.

### Gründe:

Der k. Landrichter Regelsberger, vom Monate August 1846 bis März 1849 auf der Landrichtersstelle zu Münchberg im Kreise Oberfranken, hatte bei seinem Abgange von da auf die Landrichterstelle zu Heidenheim im Kreise Mittelfranken die Brandassekuranzcasse des Landgerichts Münchberg auf den Grund der letzten Jahresrechnung pro 18⁴⁷/₄₈ und des seitdem geführten Tagebuchs zu übergeben. Ob-

gleich nun die Rechnung pro $18^{47}/_{48}$ revidirt bereits zurückgekommen war, wurde dem Extraditionscommissär doch nur das Concept dieser Rechnung mit dem Bemerken vorgelegt, daß die Rechnung selbst noch bei der k. Regierung liege, und der in das neue Tagebuch pro $18^{48}/_{49}$ übergetragene Cassebestand des Vorjahres stimmte mit dem vorgelegten Rechnungsconcepte überein.

Späterhin stellte sich aber die Unrichtigkeit des Rechnungsconceptes heraus, indem die wirkliche und revidirte Rechnung ein Mehr von 916 fl. 5 kr. an Einnahmen und Cassebestand enthielt, als das Concept.

Der Verdacht der Fälschung dieses und der Aneignung des fehlenden Geldbetrages fiel auf den Scribenten Dietsch, welcher auch, als der Defekt entdeckt wurde, sich das Leben nahm.

Landrichter Regelsberger, wegen seiner Haftungs-Verbindlichkeit durch Regierungsentschließung vom 7. Febr. 1851 zur Erklärung in einer vorgesteckten präclusiven Frist aufgefordert, gab diese lediglich dahin ab:

> „daß er weder eine Haftungsverbindlichkeit anerkenne, noch je etwas zahlen werde, bevor er durch ein rechtskräftiges Urtheil des Richters dazu gezwungen sei."

Durch Entschließung der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, vom 14. Januar 1852 wurde Landrichter Regelsberger nun zum Ersatz der fehlenden 916 fl. 5 kr. für verbunden erklärt, und sein Recurs zum k. Staats-Ministerium des Handels und der öffentlichen Arbeiten wurde durch Rescript vom 6. Juli 1852 als unbegründet zurückgewiesen, weil er in der vorgesteckten ausschließenden Frist seine etwaigen Einreden nicht vorgebracht, sohin deren Verlust sich selbst zuzuschreiben habe. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Ziffers der Berechnung der Ersatzposten wurde ihm dabei jedoch vorbehalten.

Nun aber reichte Landrichter Regelsberger am 6. praes. 11. August 1852 bei dem k. Kreis- und Stadt-

Gericht Ansbach eine Provokationsklage gegen die k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, bezüglich den k. Fiscus, ein mit der Bitte um das Erkenntniß:

> „daß Provocat wegen der fraglichen 916 fl. 5 kr. binnen 30 Tagen Klage zu erheben habe, widrigenfalls ihm ewiges Stillschweigen auferlegt werde."

Das k. Kreis- und Stadtgericht Ansbach wies nun zwar diese Klage durch Beschluß vom 11. September 1812 a limine zurück, weil das ihr zum Grund liegende Verhältniß eine Verwaltungssache involvire, und kein im Civilprozeß zu verhandelndes sei. Das Erkenntniß des k. Appellations-Gerichtes von Mittelfranken dd. 17. Dezember 1852 dagegen änderte diesen Beschluß dahin:

> „daß die Klage (wegen Incompetenz der Gerichte) nicht abzuweisen, sondern auf dieselbe weiter zu verfügen oder zu erkennen sei, was Rechtens." —

Von der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, wurde hierauf mit Erklärung vom 11. Januar 1853 bei dem k. Kreis- und Stadtgerichte Ansbach der Competenz-Conflikt angeregt, bei dessen Instruction sowohl von der k. Regierung von Oberfranken, Kammer des Innern, als auch von dem k. Regierungsfiscalate, und vom Landrichter Regelsberger Denkschriften rechtzeitig eingereicht wurden.

Nachdem die Sache in der heutigen öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofs aufgerufen war, erstattete der ernannte Referent Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus Vortrag, worauf, da von Seite der Betheiligten Niemand erschienen war, der k. Generalstaatsanwalt das Wort erhielt, und den motivirten Antrag stellte, zu erkennen, daß in der bezeichneten Sache die Verwaltungsbehörden zuständig seien.

Diesem Antrage war statt zu geben.

Denn gemäß der durch das Gesetz vom 1. Juli 1834 nicht abgeänderten Artikel 27 und 28 der Brandversicher-

ungsordnung vom 23. Januar 1811. — Regierungsblatt von 1811, Seite 129 — wurden den Landgerichten als Districtspolizeibehörden die Geschäfte der allgemeinen Brandversicherungsanstalt unter der Aufsicht und Leitung der obersten Kreisverwaltungsstellen und (damals) des k. Staats-Ministeriums des Innern übertragen, und zwar in der Art, daß „die Behörden und amtlichen Personen, welchen die Geschäfte und Gelder der Anstalt anvertraut sind, hiefür eben so haften, wie für alle anderen öffentlichen Dienst-Geschäfte und Gelder.“

Diesem zufolge sind die mit den Geschäften der Anstalt betrauten Personen nicht Bevollmächtigte der Brandversicherungsanstalt als eines privatrechtlich bestehenden gesellschaftlichen Vereines, sondern sie sind vermöge des von ihnen bekleideten Staatsamtes als Polizeibeamte die Geschäftsführer der Anstalt, und diese Geschäfte gehören in ihren Wirkungskreis als Verwaltungsbeamte des Staates.

Daraus folgt, daß sie bezüglich der Besorgung auch dieser Geschäfte der Disciplinargewalt der Oberaufsichts-Behörden in derselben Weise unterstellt sind, wie dieß überhaupt in Ansehung ihres amtlichen Wirkungskreises der Fall ist. Es bestimmt auch der Art. 28 der Brandversicherungs-Ordnung, daß die mit den Geschäften betrauten Beamten für die treue und pünktliche Geschäftsführung und für alle durch ihre Schuld entstehenden Beschädigungen der Anstalt sowohl, als einzelner Theilnehmer verantwortlich sind, und die zufolge Art. 34 erlassene Instruction vom 20. September 1835 — Döllingers Sammlung der Verordnungen, Bd. 13, Thl. 2, S. 1134 — verpflichtet dieselben im §. 94, über die Gelder der Anstalt der vorgesetzten Kreisregierung jährlich Rechnung zu legen. Es findet sohin die Rechenschaft über die Casseführung der Brandversicherungsanstalt gerade so statt, wie dieselbe auch bezüglich anderer amtlichen Cassen abzulegen ist, und es unterliegt keinem Zweifel, daß die über das Finanzrechnungswesen bestehenden Bestimmungen,

insbesondere der executiven Kraft des rechtskräftig gewordenen Revisionsbescheides

„Verordnung vom 20. Oktober 1812, die Errichtung des obersten Rechnungshofes betreffend, §. 19, und

Verordnung vom 11. Januar 1826, das Finanz-Rechnungswesen betreffend, §. 32"

auch hieher Anwendung finden.

Es ist aber auch die Frage, ob durch Vernachläßigung administrativer Normen oder der Dienstvorschriften geschadet wurde, kein Gegenstand der civilrechtlichen Cognition. Die Verordnung vom 17. Dezember 1825, betreffend die Formation 2c. der obersten Kreisverwaltungsstellen, §. 81 bezeichnet als zum Wirkungskreise der vorgesetzten Administrativ-Behörden gehörig die Handhabung der Dienst- und Geschäftsordnung bei den untergeordneten Aemtern und Behörden, und das Erkenntniß in allen Disciplinarsachen. Die Disciplinargewalt aber äußert sich nicht lediglich in Strafen, sondern überhaupt in der Handhabung der Dienstordnung und in der Beseitigung der Nachtheile, welche sich aus der Verletzung derselben herleiten. Sollte die Frage des Ersatzes eines vom Beamten durch Hintansetzung der Dienstvorschriften herbeigeführten Schadens nicht der Cognition der Disciplinarbehörde, sondern des Civilrichters unterliegen, so müßte dieser auch darüber entscheiden, ob eine Vernachläßigung der Dienstordnung stattgefunden habe.

Hierdurch aber würde die Disciplinargewalt vom Civil-Richter absorbirt, oder seine Thätigkeit müßte sich darauf beschränken, aus den Ergebnissen der Disciplinaruntersuchung lediglich die den Beamten treffenden Folgen abzuleiten. Aus den bestehenden Gesetzen und Verordnungen aber ist weder eine solche Theilung der Functionen zwischen der Disciplinar-Behörde und dem Civilrichter, noch die Unterordnung jener unter den letzteren zu entnehmen. Der §. 81 der gedachten Verordnung von 1825 spricht von Ueberweisung der

Akten an den ordentlichen Richter nur mit Beziehung auf §. 16 der Beilage IX. der Verfassungsurkunde, betreffend die Verhältnisse der Staatsdiener, wenn nämlich wegen Dienstverbrechen oder Vergehen die Sache strafrechtlich qualificirt erscheint.

Zwar bestreitet Landrichter Regelsberger unter Beziehung auf die Verfassungsurkunde, insbesondere Titel VII. §. 2, und Titel VIII. §. 3 die Anwendbarkeit dieser administrativen Verordnungen und die Competenz der Ober-Aufsichtsbehörden in Fällen, wenn es sich, wie vorliegend, um einen Anspruch an das Vermögen des Beamten handelt.

Allein weder die Verfassungsurkunde, noch die Beilage IX. haben an den zur Zeit ihrer Verkündung geltend gewesenen Bestimmungen des §. 54 der Verordnung vom 27. März 1817 über die Formation &c. der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen etwas geändert.

In Titel VII. §. 2 hat die Verfassungsurkunde nur allgemeine neue Gesetze, welche die Freiheit der Personen, oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffen, zum Gegenstande, und auch abgesehen davon, daß die Verordnung vom 17. Dezember 1825, betreffend die Formation &c. der obersten Kreisverwaltungsstellen, §. 81 nur die Wiederholung des §. 54 jener vom 27. März 1817, welche zur Zeit der erlassenen Verfassungsurkunde bereits bestanden hatte, enthält, so gehören die die Disciplinargewalt der vorgesetzten Stellen über die untergebenen Aemter und Behörden betreffenden Vorschriften nicht nur unter die allgemeinen Gesetze, von welchen die Verfassungsurkunde in Tit. VII. §. 2 spricht, und deren Erlassung durch den Beirath und die Zustimmung der Stände des Reiches bedingt ist. Nur insoferne würde diese erforderlich, als es sich von disciplinären Befugnissen handelte, für welche die Beilage IX. der Verfassungsurkunde spezielle Bestimmungen enthält. Von solchen ist aber hier nicht die Rede. Es resultirt also, daß sich Landrichter Regelsberger, um die civilrichterliche Competenz im vor-

liegenden Falle zu begründen, vergebens auf die Verfassungs-Urkunde beruft.

Das in der Klage vom 6. praes. 11. August 1852 Vorgetragene eignet sich, obgleich ein Anspruch auf das Vermögen des Klägers in Frage ist, nicht für die Beurtheilung des Civilrichters, und insbesondere kann sich dafür nicht auf Titel VIII. §. 5 der Verfassungsurkunde und nicht auf die Gerichtsordnung Cap. IV. §. 5 gestützt werden; denn es fehlt an der in diesen gesetzlichen Bestimmungen liegenden Voraussetzung eines streitigen Privatrechtsverhältnisses.

Landrichter Regelsberger bringt noch vor, er habe dem Dietsch die Perception der Gelder nicht übertragen, weßwegen ihm, wenn dieser solche dennoch einnahm, eine Vernachläßigung der Dienstordnung nicht imputirt werden könne.

Allein abgesehen davon, daß dieser Einwand in der durch Regierungsentschließung vom 7. Februar 1851 vorgesteckten präclusiven Frist hätte geltend gemacht werden müssen, so wie, daß laut des Protokolles vom 1. März 1849 bei der dem Extraditionscommissär gemachten Vorlage des bloßen Rechnungsconceptes Landrichter Regelsberger und sein Scribent Dietsch thätig waren, woraus abgenommen werden muß, daß Dietsch für Geschäfte der Brandversicherungsanstalt verwendet worden sei, so ist dieser Einwand auch hier nicht zu würdigen; denn der oberste Gerichtshof hat nur den Competenzstreit zu entscheiden, bildet aber keine Instanz für Beschwerden, welche das Materielle der Sache betreffen.

Uebrigens ist dem k. Landrichter Regelsberger der Rechtsweg gegen den k. Fiscus keineswegs abgeschnitten, wenn er glaubt, aus civilrechtlichen Gründen den Rückgriff gegen denselben nehmen zu können. Denn gemäß der Novelle vom 9. November 1808

„Sammlung der Novellen zur bayerischen Gerichtsordnung München 1811, Seite 278"

hat der Beamte vor Allem den Cassedefect zu ersetzen, und kann dann immerhin den Rechtsweg verfolgen.

Also geurtheilt und verkündet in der öffentlichen Sitzung des obersten Gerichtshofes am 11. Juli 1853, wobei zugegen waren: Oberappellationsgerichtsdirector Freiherr von Tautphöus, Ministerialrath von Friederich, Oberappellationsgerichtsrath Eisenhart, Ministerialrath v. Schubert, Oberappellationsgerichtsrath Schwertfelner, Ministerialrath Pfeuffer, Oberappellationsgerichtsrath Dr. Cucumus, Generalstaatsanwalt Dr. v. Kiliani, Oberappellationsgerichtssekretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Freiherr v. Tautphöus, Director.

Paulus, Sekretär.

---

## LI.

## Erkenntniß

des obersten Gerichtshofs des Königreichs vom 12. Juli 1853, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Kriegsministerium und dem k. Friedensgerichte des Cantons Landau in Sachen des Franz Eckel, Gutsbesitzer in Landau, gegen die k. Festungscommandantschaft Landau, wegen Besitzstörung.

(Reg.-Bl. v. 1853, Nr. 37, S. 1075—1097.)

**Im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern**

erkennt der oberste Gerichtshof des Königreichs, betreffend den Competenz-Conflikt zwischen dem k. Kriegsministerium und dem k. Friedensgerichte des Cantons Landau in Sachen des Franz Eckel, Gutsbesitzer in Landau, gegen die k. Festungscommandantschaft Landau, wegen Besitzstörung zu Recht:

„daß das k. Friedensgericht des Cantons Landau und beziehungsweise das k. Bezirksgericht zu Landau nicht zuständig seien; auf die von Franz Eckel, Gutsbesitzer daselbst, unterm 8. November 1851 erhobene possessorische Klage zu erkennen, soweit solche darauf gerichtet ist, den Kläger im Besitze des Raumes zwischen den Wohngebäuden Nr. 172 u. 173 nebst Zubehör zu schützen, und demgemäß die k. Festungscommandantschaft Landau zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verurtheilen."

## Entscheidungsgründe:

Franz Eckel, Gutsbesitzer in Landau, ist Eigenthümer eines in der Stadt Landau gelegenen, mit Nr. 172 bezeichneten Hauses sammt Zubehörungen, vorn auf die sogenannte Kramgasse, hinten auf die Wallstraße stossend, und von der einen Seite durch Heinrich Mohr, von der andern nach der Behauptung Eckels durch den Metzger Jakob Wolf, nach Angabe der königlichen Festungscommandantschaft Landau aber von Festungseigenthum begrenzt.

Der Raum zwischen dem Wohngebäude des Eckel Nr. 172 und jenem des Wolf Nr. 173 ist demnach, wie diese abweichende Grenzbestimmung erkennen läßt, streitig, und bildet den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlungen, welche zu dem vorliegenden Competenz-Conflikte Veranlassung gaben.

Eckel spricht diesen Raum als seinen Hofraum, als einen durch Kaufverträge zwischen seinen Rechtsvorgängern und einer Wittwe Blanchard, sowie den Erben des Hastermann vom 26. Januar 1763 und 7 Messidor X. (26. Juni 1802) erworbenen Bestandtheil seines Eigenthums an, während die k. Festungscommandantschaft behauptet, die Qualification „Hof" sei eine unberechtigte, der fragliche Raum habe früher zu dem vor dem deutschen Thorgebäude Nr. 67 befindlichen freien Platze gehört, und bilde nun eine

von der Kramgasse gegen die Wallstraße führende kurze Gasse, auf der allein Truppen und Geschütz vom Aufstellungsplatze an besagtem Thorgebäude zu dem bastionirten Thurme Nr. 18 gelangen können.

Das Haus Nr. 173 ist anerkannt späteren Ursprungs als das von Eckel besessene Nr. 172.

Unterm 13. Januar 1742 soll nämlich nach Angabe der k. Festungscommandantschaft der freie Platz, worauf das Haus Nr. 173 steht, durch den damaligen Geniedirector Baudoin als entbehrlich bezeichnet und rechtsförmig durch den Kriegscommissär Franz v. Chenevière an Leonhard Du Bourg verkauft worden seyn mit der Erlaubniß, auf dieser Stelle ein massives Gebäude aufzuführen, wodurch der Platz vor dem deutschen Thor, der sich ursprünglich bis an das Wohngebäude Nr. 172 erstreckt, und daher einen bequemen Zugang zur Wallstraße gebildet habe, geschmälert worden, und so die Straße zwischen beiden Gebäuden entstanden seie.

Eckel behauptet, das Haus Nr. 173, welches seinen Hofraum begrenze, habe später einen Anbau und zwar eine Verlängerung gegen die Wallseite erhalten, wodurch der gerade und bequeme Weg in die Wallstraße vom deutschen Thor her verhindert, und die Militärbehörde veranlaßt worden sei, einen Umweg durch seinen Hof zu suchen.

In diesem Hofe, und zwar vorn gegen die Kramgasse hätten sich seit undenklichen Zeiten und bis zum Jahre 1851 zwei steinerne Pfosten (Thorgewandsteine) jeder 3 Meter, 15 Centim. hoch, und 46 Centim. breit, befunden, und zwischen dem zunächst dem Wohnhause stehenden Thorpfeiler und dem Hause selbst sei eine Thüre angebracht gewesen. Ferner habe in dem Hofe zunächst dem Hintergebäude eine von zwei Seiten mit einer Mauer eingeschlossene viereckige Dunggrube, 3 Meter, 15 Centim. lang, 2 Meter, 75 Centim. breit, und 1 Meter, 15 Centim. tief, bestanden, und der ganze Raum seie hinten von der Wallstraße durch Palisaden,

die sich fest an das Hintergebäude angelehnt, und eine Palisadenthüre, wozu er fortwährend einen Schlüssel gehabt, getrennt gewesen.

Bezüglich dieser Einschließung wird von der k. Festungs-Commandantschaft bemerkt, aus unbekannten Gründen habe im Jahre 1809 der damalige Geniedirector, wie es scheine im Einverständnisse mit dem Rechtsvorgänger des jetzigen Besitzers des Hauses Nr. 172, Otto Eckel, die Palisaden-Absperrung anbringen lassen; in einem bezüglichen Documente vom 10. Oktober 1809 habe der genannte Eckel sich verpflichtet, die Einschließung sammt Bariere in gutem Zustande zu erhalten, und nur nach Bedürfniß zu öffnen, widrigenfalls die ganze Vorrichtung beseitiget und auf seine Kosten ins Magazin gebracht werden sollte. Wenn in diesem Reverse der Raum zwischen den Häusern Nr. 172 und 173 „Hof" genannt seie, so erscheine diese von Eckel ausgegangene Bezeichnung eben als eine Usurpation, da bis zu dieser Zeit der Platz weder gegen die Wallstraße noch gegen die Kram-Gasse abgesperrt gewesen seie, und die Militärbehörde unter keiner Voraussetzung die freie Communication für Truppen und Geschütz, welche an jener Stelle in vollem Maße bestanden, hätte aufgeben können.

Daß jener Raum wirklich kein Privateigenthum, kein dem Eckel gehörender Hof seie, erhelle überdieß auch aus einem im Jahre 1812 von dem Geniedirector Pelletier gefertigten état des constructions etc., worin bezüglich des engen Durchgangs zwischen der Ecke des Hauses Nr. 173 und dem deutschen Thorgebäude Nr. 67 gesagt sei: „espace trop étroit pour passer avec une voiture: cependant cette difficulté est levée par le passage ouvert qui se trouve entre cette maison et celle côtée 16 (172) qui donne la facilité de passer librement dans cette partie au pied du talus interieur du rempart."

Dieser Beanstandung gegenüber erklärt Franz Eckel, daß er und seine Rechtsnachfolger den fraglichen Raum —

Hofraum — mit den darauf befindlichen Constructionen und Umschließungen bis zum Jahre 1851 ruhig, öffentlich, und nicht prekär besessen und alle einem Eigenthümer zustehenden Rechte daran ausgeübt, insbesondere auch die Unterhaltung des Pflasters auf seine Kosten besorgt habe, und daß früher von keiner Seite sein Eigenthumsrecht irgend in Zweifel gezogen, oder bestritten worden seie.

Als er im Jahre 1851 vorn gegen die Kramgasse an die erwähnten steinernen Thorsäulen, wo sich seiner Behauptung nach, schon in den 1790er Jahren ein gleicher, später jedoch unbrauchbar gewordener Verschluß befunden haben soll, ein neues Thor anbringen ließ, erfuhr er von Seite der Militärbehörde Einsprache und unterm 3. April 1851 durch Vermittlung des k. Landcommissariats die Weisung, nicht nur das neu hergestellte Thor, sondern auch die Thorgewand-Steine und die Dunggrube binnen 8 Tagen zu entfernen, und so den freien Durchgang wieder herzustellen, widrigenfalls solches auf seine Kosten bewerkstelliget werde.

Damit war für Eckel der Vorbehalt verbunden, wenn er sich in seinen Rechten verletzt glaube, die richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, und vor Ablauf des anberaumten Termines deßfallsige Klage zu erheben.

Auf eine innerhalb dieser Frist, 9. April 1851, eingereichte Reclamation, worin Eckel die von ihm behauptete Eigenthumsberechtigung an fraglichem Raum und dem vordern Verschluß darzuthun, und eine Zurücknahme der an ihn ergangenen Weisung zu erwirken suchte, erließ das k. Festungscommando am 14. Juli desselben Jahres auf den Grund eines Kriegsministerialrescriptes vom 10. Juli eine Entschließung dahin lautend; es seie dem genannten Betheiligten zu eröffnen, daß, insoferne er nicht innerhalb 2 Tagen das an der Durchfahrt zwischen den Häusern Nr. 172 und 173 eigenmächtig angebrachte Thor beseitige, dessen Entfernung durch militärische Zwangsmittel erfolgen werde, worauf Eckel,

der ihm gewordenen Aufforderung nachkommend, am 18. Juli das Thor wegräumte.

Derselbe reichte jedoch alsbald bei dem k. Kriegsministerium eine Beschwerde ein, worin er mit Berufung auf den verfassungsmäßig garantirten Schutz der Privatrechte und des Eigenthums seine Ansprüche wiederholt und umständlich darlegte, und zugleich Vorschläge zu einem gütlichen Abkommen machte.

In Gemäßheit eines Erlasses des k. Festungscommandos vom 22. Oktober 1851 und auf den Grund eines Kriegs-Ministerialrescripts vom 19. desselben Monats wurde sodann dem Beschwerdeführer zu Protokoll eröffnet, daß keine genügenden Gründe gefunden worden seien, den fraglichen Thor-Verschluß zu belassen, daß vielmehr auch die ohne Ermächtigung der Militärbehörde errichteten Thorgewandsteine und Dunggrube innerhalb 8 Tagen von ihm zu beseitigen seien, widrigenfalls deren Entfernung auf seine Kosten erfolgen werde, wobei ihm übrigens unbenommen sei, zur Geltendmachung seiner Ansprüche den Rechtsweg zu betreten.

Auch die Entfernung des Palisadenabschlusses gegen die Wallstraße wurde in Gemäßheit des erwähnten Ministerialrescriptes angeordnet, und unmittelbar, d. h. ohne vorgängige Kundgabe oder bezügliche Aufforderung an Eckel in Vollzug gesetzt. Die Entfernung der Thorsäulen nebst Thüre und der Dunggrube soll der Beseitigung der Palisadenwand nachgängig, zu Anfang des Monats November erfolgt seyn.

Nach diesen Vorgängen ließ Eckel die k. Festungs-Commandantschaft unterm 8. November 1851 vor das k. Friedensgericht Landau vorladen mit dem Antrage an dieses Gericht: „den Kläger im Besitze seines bezeichneten Hauses und Hofes nebst Zubehör zu schützen, demgemäß die beklagte Commandantschaft zu verurtheilen, binnen 3 Tagen von Zustellung des zu erlassenden Urtheiles an 1) die eigenmächtig entfernten, den Hof des Klägers gegen die Wallstraße

schließenden Palisaden nebst Palisadenthüre, 2) die gleichfalls eigenmächtig herausgenommenen und entfernten zwei steinernen Thorsäulen nebst der zunächst dem Wohnhause befindlichen Thüre, 3) die eigenmächtig beseitigte Dunggrube wieder in den vorigen Stand herzustellen oder herstellen zu lassen; für den Fall, daß die Beklagte dieses innerhalb der besagten Frist nicht thun sollte, den Kläger zu ermächtigen, es auf Kosten der Beklagten thun zu lassen, auch die letztere zu verurtheilen, an den Kläger als Entschädigung die Summe von 200 fl. mit Zins vom Tage der Klage, und für jeden weiteren Tag vom 8. November 1851 an bis zur Wiederherstellung 3 fl. per Tag, sowie die Kosten des Prozesses zu bezahlen.

Die k. Festungscommandantschaft setzte diesem Antrage die Einrede der Nichtigkeit der Ladung, dann der Incompetenz des Gerichtes entgegen, und bestritt bezüglich des Grundes der Sache, daß die gesetzlichen Erfordernisse eines richteramtlich zu gewährenden Schutzes in dem angesprochenen Besitze des streitigen Raumes gegeben seien.

Durch Urtheil vom 20. November 1851 verwarf das k. Friedensgericht die beiden Voreinreden als ungegründet und verordnete, daß die Entscheidung über die erhobene Besitzstörungsklage so lange ausgesetzt bleibe, bis von der zuständigen Behörde erkannt sei, ob der streitige Raum Zubehör der Festung bilde oder nicht.

Das k. Friedensgericht ging hiebei von der Betrachtung aus, daß durch das Gesetz vom 16. bis 24. August 1790 Titel 3, Artikel 10 alle possessorischen Klagen der Cognition der Friedensgerichte überwiesen seien, daß, wenn nach den Decreten vom 8. bis 10. Juli 1791, Artikel 13 und 30, und vom 4. Dezember 1811, Artikel 73 der Kriegsminister über die Integrität aller zu den Festungs- und Kriegsplätzen gehörenden Oertlichkeiten zu wachen und die Demolition der widerrechtlich errichteten Bauten zu verfügen habe, diese Bestimmungen der Zuständigkeit des Friedensgerichtes hier um

deßwillen nicht entgegenstünden, weil die von Eckel erhobene Klage nicht den Besitz eines zur Festung Landau gehörigen Platzes betreffe, sondern dahin gerichtet sei, im langjährigen Genusse seines Privateigenthums geschützt, beziehungsweise für erlittene Nachtheile entschädigt zu werden; daß übrigens, da in Würdigung der possessorischen Klage zu prüfen sei, ob dem Kläger ein fehlerfreier, d. h. ein während eines vollen Jahres eigenthumsweise (animo domin.) ausgeübter Besitz zur Seite stehe, diese Bedingung auf Seite Eckels aber nicht gegeben sei, wenn die Behauptung der k. Festungscommandantschaft, der streitige Raum gehöre zur Festung, in Wahrheit beruhe, weil Festungseigenthum als unverjährbar nie in den Privatbesitz übergehen könne, vorerst von der zuständigen Behörde die Eigenthumsfrage entschieden werden müsse.

Gegen dieses Urtheil ergriff Eckel das Rechtsmittel der Berufung, indem er, ausführend, daß das Friedensgericht selbstständig zu prüfen habe, ob der Besitz, worin Schutz verlangt wird, ein gehörig qualificirter sei, oder nicht, den in I. Instanz gestellten Antrag lediglich wiederholte.

Die k. Festungscommandantschaft entgegnete mit einer Incidentappellation, indem auch sie die von dem k. Friedens-Gerichte verworfenen Voreinreden wiederholt geltend machte.

Bei der öffentlichen Verhandlung der Sache am k. Bezirksgerichte in Landau als zweite Instanz stellte der k. Staats-Procurator auf den Grund des Artikel 4 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 den schriftlichen Antrag, das Gericht wolle, da ein Gegenstand in Frage stehe, worüber nur die oberste Militärbehörde zu entscheiden habe, die Sache als dahin gehörig von sich abweisen. Durch Urtheil vom 22. April 1852 wurde jedoch die Competenz des k. Friedensgerichtes, über die von Eckel erhobene Klage zu erkennen, als begründet angenommen, und unter Verwerfung der Nullitätseinrede, jedoch vor jeder weiteren Entscheidung in der Sache, behufs der von der k. Staatsbehörde in Aussicht gestellten Anregung eines Competenz-Conflikte eine Frist von 6 Wochen bewilligt.

Durch Entschließung vom 9. Juni 1852 hat demnächst auch das k. Kriegsministerium unter Anführung der Gründe die Entscheidung über die vorliegende Streitsache, insbesondere über die Wegräumung oder Wiederherstellung des fraglichen Palisadenabschlusses, der Thorgewandsteine und der Dunggrube als zu seinem Ressort gehörig in Anspruch genommen, worauf das k. Bezirksgericht durch Beschluß vom 14. desselben Monats die in Artikel 7 des angeführten Gesetzes vom 28. Mai 1850 vorgeschriebene Notification an die Parteien sowie die Hinterlegung der Akten in der Gerichtskanzlei verordnete.

Denkschriften über die Frage der Zuständigkeit sind sowohl von dem Vertreter des Klägers, Franz Eckel, als auch von dem für das k. Militärärar aufgestellt gewesenen Anwalte eingereicht worden.

Nach Aufruf der Sache in heutiger Sitzung erstattete der ernannte Referent, Oberappellationsgerichtsrath Pixis Vortrag, worauf der k. Advokat Riedel, für Franz Eckel erschienen, die Gründe für die von ihm in Anspruch genommene Competenz des k. Friedensgerichtes entwickelte. Für das k. Festungscommando, welches von dem Verhandlungs-Termine in Kenntniß gesetzt worden, ist ein Vertreter nicht erschienen.

Demnächst erhielt der k. Generalstaatsprocurator das Wort, und stellte nach Beleuchtung der treffenden Streitpunkte den Antrag:

„Es gefalle dem obersten Gerichtshofe des Königreichs, ohne die vom Kläger entgegengesetzte Einrede der Unstatthaftigkeit und Verspätung des erhobenen Competenz-Conflikts zu berücksichtigen, auszusprechen:

daß das k. Friedensgericht des Cantons Landau und respective das k. Bezirksgericht daselbst, nicht competent seie, über die von dem Gutsbesitzer Franz Eckel zu Landau erhobene possessorische Klage zu

erkennen, soweit solche dahin gerichtet ist, den Kläger in dem behaupteten Annalbesitze seines Hauses und Hofes nebst Zubehör zu schützen, und den beklagten Theil zu verurtheilen, binnen 3 Tagen von Zustellung des Urtheils an, die Sache wieder in den vorigen Stand herzustellen, oder herstellen zu lassen, und, im Unterlassungsfalle, den Kläger zu ermächtigen, solches auf Kosten des beklagten Theiles thun zu lassen.

Daß dagegen die Zuständigkeit der besagten Gerichte, über die Klage in soweit zu erkennen, als durch dieselbe zugleich die Anerkennung des Annal-Besitzes der fraglichen Gegenstände im Sinne des Artikels 23 des Civilprozeßgesetzbuches und eine Entschädigung bezielt wird, gegründet seie."

Diesem Antrage war auch stattzugeben.

Nach Artikel 2 des Gesetzes vom 28. Mai 1850 die Competenz-Conflikte betreffend, kann, wenn einem Gerichte gegenüber in irgend einer Sache die Zuständigkeit von Seite der Verwaltung in Anspruch genommen wird, (bejahender Competenz-Conflikt) eine Entscheidung desselben solange beantragt werden, als nicht vom Gerichte entweder über die Zuständigkeitsfrage rechtskräftig entschieden, oder das in der Hauptsache erlassene Endurtheil rechtskräftig geworden ist.

Das Urtheil des k. Bezirksgerichts in Landau vom 22. April 1852 enthält aber in seinem dispositiven Theil keine Entscheidung über die Competenzfrage, bewilligt vielmehr unter Verwerfung der Nullitätseinrede vor jeder weitern Entscheidung eine Frist, um die Erklärung der betreffenden Verwaltungsstelle über den Competenz-Conflikt einzuholen.

Wenn nun auch letztere den Conflikt nicht innerhalb jener Frist angeregt hat, die bezüglich Erklärung des k. Kriegs-Ministeriums vielmehr erst am 9. Juni 1852 erfolgt, und am 14. desselben Monats bei dem k. Bezirksgerichte über-

geben worden ist, so steht doch die von Franz Eckel hervorgehobene Verspätung der Zulässigkeit des Antrages auf Entscheidung des Conflikts nicht entgegen, da dem Gesagten zufolge über die streitige Frage rechtskräftig noch nicht erkannt ist.

Was den Grund der Sache betrifft, so wurde durch Entschließung des k. Kriegsministeriums vom 19. Oktober 1851 dem Festungscommando Landau aufgetragen, dafür zu sorgen, daß der vorige Zustand des Raumes zwischen den Wohngebäuden Nr. 172 und 173 durch Entfernung des Thorverschlusses, der Thorgewandsteine und der Dunggrube hergestellt werde, auch die Entfernung des ohnehin in schlechtem Zustande befindlichen Palisadenabschlusses hinter den Eckel'schen Gebäuden gegen die Wallstraße sogleich bewerkstelligen zu lassen.

Die in Gemäßheit dieses Auftrages vorgenommenen, von Franz Eckel als Besitzstörung bezeichneten Handlungen erscheinen daher als Ausfluß der amtlichen Thätigkeit der obersten Militärbehörde, während die auf Ansuchen des k. Festungscommandos durch das Landcommissariat getroffenen Anordnungen keinen Akt der Civilverwaltung bilden. Das k. Landcommissariat hat nur requisitionsweise gehandelt, vermöge eigener Competenz keinerlei Entscheidung bezüglich der in Frage stehenden Constructionen, insbesondere der Thorgewandsteine und Dunggrube erlassen, und es kann somit die in der Denkschrift des früheren Anwaltes des k. Festungscommandos versuchte primäre Ableitung eines Theiles der Vollzugsmaßregeln aus einem der Militärbehörde fremden Berufskreise um so weniger berücksichtigt werden, als das k. Kriegsministerium durch die Entschließung v. 9. Juni 1852 die Entscheidnng über alle streitigen Punkte, namentlich auch über Wegräumung oder Wiederherstellung der Thor-Pfeiler und der Dunggrube ausdrücklich als zu seinem Ressort gehörig in Anspruch genommen hat.

Bei Beurtheilung des vorliegenden Competenzstreites, der dem Gesagten zufolge nur zwischen der Militärverwaltung

und der Civiljustizbehörde besteht, sind nun vor Allem die Bestimmungen des Gesetzes vom 16. bis 24. August 1790, Titel II. Artikel 13, dann des Decretes vom 16. Fructidor (2. September 1795) ins Auge zu fassen, wodurch den Gerichten nachdrücklich und unter Strafandrohung verboten ist, über Verwaltungsmaßregeln von irgend welcher Beschaffenheit (actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient) zu erkennen, und bei der völligen Trennung der Gewalten, die Administrativbehörden auf was immer für eine Weise (de quelque manière que ce soit) zu stören, oder die Verwaltungsbeamten bezüglich ihrer Functionen zur Rechenschaft zu ziehen.

Die von der k. Militärbehörde in Ansehung der streitigen Grundfläche mit den darauf befindlichen Bauwerken getroffenen Anordnungen fallen nun aber offenbar in die Categorie von Verwaltungsakten, denn sie sind der einem bestimmten Zweige der Staatsverwaltung anvertrauten Sorge für öffentliche Interessen ohne alle Bethätigung privativer Zwecke entsprungen.

Nicht darauf kommt es an, ob die Verwaltungsbehörde die in dem Umfange ihres Pflichtkreises liegenden Gegenstände richtig behandelt habe, oder nicht, sondern die Frage ist, ob sie sich überhaupt innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse bewegt, ob die von ihr ausgegangenen Maßregeln in dem Pflichtbewußtsein derselben ihren Grund und in den ihrer Pflege und Obhut überwiesenen Gegenständen ihren Zweck haben.

Wollte das Richteramt prüfen, ob die Verwaltungsstellen bezüglich dessen, was ihnen zu thun, beziehungsweise zu unterlassen oblag, sich mit den bestehenden Gesetzen und folgeweise mit ihren dadurch normirten Amtspflichten in Einklang gehalten haben, um bei einer etwaigen Discordanz die nachtheiligen Folgen für Privatgerechtsame direct zu beseitigen, so würde gerade der Mißstand herbeigeführt, den der Gesetzgeber durch die angeführten Prohibitivbestimmungen fern

halten wollte, nämlich eine wechselseitige unstatthafte Kritik, und eine für das Ganze sehr nachtheilige Behinderung.

In den Wirkungskreis der Militärbehörde fallen die in Frage stehenden Einschreitungen um deßwillen, weil sowohl nach der Verordnung vom 9. Dezember 1825, die Formation der Ministerien betreffend, Artikel 105, als nach den älteren hier einschlägigen Gesetzen, insbesondere der Ordonanz vom 1. März 1768, Titel 35, Artikel 1, dem Decrete vom 8—10 Juli 1791, Titel I. Artikel 13, 15, 16, 17 und 18, Titel IV. Artikel 1 und 2, dann Decret vom 24. Dezember 1811, Artikel 72, 73 und 75, die Militärbehörden, namentlich das Kriegsministerium die Ueberwachung der Integrität des zu den Festungswerken gehörenden Terrains zu bethätigen haben, mit der sich als Mittel zum Zwecke verhaltenden Befugniß, Constructionen, die auf Festungsgebiet vorgenommen werden, sofort zu demoliren, und Hemmnisse in den zu der Wallstraße führenden Verbindungswegen beseitigen zu lassen, und weil in vorliegendem Falle die Grundlage aller von der Militärbehörde ausgegangenen Maßregeln die, ungeachtet wiederholter Reclamationen von Seite Eckels, verfolgte feste Ansicht ist, daß der streitige Raum zwischen den Wohngebäuden 172 und 173 wirklich Bestandtheil des in die Sphäre solcher Ueberwachung und Conservation fallenden Festungsgebietes seie.

Vergebens wendet Eckel ein, dieser Auffassung des Sachverhältnisses liege ein leicht nachweisbarer Irrthum zu Grunde; nicht der Staat, sondern er zufolge unvordenklichen Besitzes, bestimmter Verträge und unzweideutiger Urkunden sei Eigenthümer jenes Raumes, und es müsse ihm daher Schutz im Besitze und Anerkennung seines Privatrechtes zu Theil werden; denn die Untersuchung und Gewährung dieser Bitte würde eben die von dem Gesetzgeber aus guten Gründen prohibirte Collision der Staatsgewalten, ein directes Zerwürfniß der zu einer in einander greifenden Thätigkeit

berufenen Aemter und damit eine Reihe von Nachtheilen im Gefolge haben.

Unter keiner Voraussetzung kann daher das k. Friedens-Gericht berechtigt seyn, die von Eckel erhobene Besitzstörungsklage dahin zu bescheiden, daß das k. Festungscommando gehalten sei, den frühern Zustand der fraglichen Localitäten wieder herzustellen, Palisadenverschluß, Thorpfeiler, mit Thüre und Dunggrube zu reconstruiren oder die Wiederherstellung auf Kosten des Aerars sich gefallen zu lassen. Eine solche Machtübung gegen bereits eingetretenen Vollzug amtlicher Anordnungen würde zu sehr einer organischen Gliederung der Staatsgewalten und der Anforderung an ein gedeihliches Zusammenwirken der Behörden widerstreiten, um sie sanctioniren, oder ihr irgend Vorschub geben zu können.

Dagegen ist ein Mittel, den in der Verfassungsurkunde Titel IV. §. 8 ausgesprochenen Grundsatz: „der Staat gewährt jedem Einwohner Schutz seiner Person, seines Eigenthums und seiner Rechte," aufrecht zu erhalten, und mit den diese Rechte möglicherweise verkennenden und beeinträchtigenden Anordnungen der Administrativgewalt in Harmonie zu bringen, in so ferne gegeben, als die Gerichte sich zwar mit der Cognition über das Bestehen der behaupteten Rechte insbesondere des Privatgrundeigenthums im Allgemeinen befassen, in Anerkennung derselben aber nicht das unmittelbare, durch administrative Verfügungen bereits zu öffentlichen Zwecken verwendete, und nicht mehr verfügbare Object derselben, sondern nur ein Aequivalent, eine Geldentschädigung zuerkennen dürfen.

Wenn Franz Eckel sich darauf beruft, daß die Militärbehörde, seine Reclamationen ablehnend, ihn mehrfach auf den Rechtsweg verwiesen habe, so kann es nur diese Art der Ausgleichung seyn, wozu ihm Aussicht eröffnet wurde.

Eine den administrativen Anordnungen nicht direct widerstreitende Remedur mag selbst auf possessorischem Wege in so ferne erstrebt werden, als das Friedensgericht vermöge

der ihm im Allgemeinen eingeräumten Competenz jedenfalls auch zuständig ist, zu erkennen, daß dem Kläger ein mit den Erfordernissen des Artikel 23. C. d. pr. c. versehener Besitz zur Seite stehe, mittelst welchen Ausspruches derselbe zwar keinen reellen Schutz im Besitz, und keine Wiederherstellung des früheren factischen Zustandes, wohl aber die günstigere Stellung in dem auf Anerkennung oder Bestreitung des Eigenthums und auf Entschädigung wegen Entziehung desselben gerichteten petitorischen Rechtsstreite sich verschaffen kann.

Demgemäß war, wie geschehen, der erhobene Competenz-Streit dahin zu schlichten, daß die Zuständigkeit des k. Friedens-Gerichtes, über die erhobene Besitzstörungsklage zu erkennen, nur in dem angegebenen beschränkten Umfange begründet sei.

Also geurtheilt und verkündet in öffentlicher Sitzung des obersten Gerichtshofs am 12. Juli 1853, wobei zugegen waren: Dr. Heintz, II. Oberappellationsgerichts-Präsident; Ministerialrath v. Friederich; Oberappellationsgerichtsrath Ruppenthal; Ministerialrath v. Schubert; Oberappellationsgerichtsrath Rinecker; Ministerialrath Pfeuffer; Oberappellationsgerichtsrath Pixis; der Generalstaatsprocurator Bettinger; und Oberappellationsgerichtssecretär Paulus.

Unterschrieben sind:

Heintz.

Paulus, Sekretär.

## Druckfehler.

Seite 363 Zeile 1 v. unten lies: „Competenz“ statt: Copetenz.
„ 448 „ 1 v. ob. lies: „1850“ statt: 1820.
„ 559 „ 9 v. unten lies: „Magistrate der Stadt Würzburg“ statt: Magistrate und der rc.

Moritz, Heinrich Andreas

Sammlung der oberstrichterlichen Plenar-Beschlüsse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und der Erkenntnisse über Competenz-Konflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden
Bd.: 1

München 1853